

江鎮三著

新刑法總論

上册

會文堂新記書局發行

新刑法總論目錄上冊

緒論

第一章 刑法之概念	一
第一 刑法之意義	一
第二 廣義刑法與狹義刑法	一
第三 普通刑法與特別刑法	二
第四 形式刑法與實質刑法	三
第五 刑法與刑事法	三
第二章 刑法之性質	四
第一 刑法爲公法	四

第二	刑法爲國內法	四
第三	刑法爲普通法	五
第四	刑法爲實體法	五
第五	刑法爲強行法	六
第六	刑法爲成文法	六
第二章	刑法學	六
第一	刑法學之意義	六
第二	刑法學之種類	七
第三	刑法學與其他科學之關係	八
第四章	刑事學	一一
第一	刑事社會政策	一一
第二	刑事立法政策	一二

第三	刑事司法政策·····	一七
第五章	刑罰權之根據·····	一三
第六章	刑法之目的·····	一四
第一	應報主義與預防主義·····	一五
一	應報主義·····	一五
二	預防主義·····	一六
第二	事實主義與人格主義·····	一七
一	事實主義·····	一七
二	人格主義·····	一七
第三	感應主義·····	一八
第七章	刑法之沿革·····	一九
第一節	歐洲刑法之沿革·····	一九

新刑法總論

四

第一 復仇時期……………一九

第二 威嚇時期……………二一

第三 博愛時期……………二二

第四 科學時期……………二三

第二節 我國刑法之沿革……………二四

第一時期……………二四

第二時期……………二六

第三時期……………二九

第八章 新刑法與舊刑法之比較……………三一

第一 總則編之比較……………三一

第二 分則編之比較……………四〇

本論

第一編 法例……………五三

第一章 刑法制度之主義……………五三

第二章 刑法之淵源……………五四

第三章 刑法之解釋……………五七

第一 解釋之方法……………五七

第二 解釋之效力……………五九

第四章 刑法之效力……………六〇

第一節 關於時之效力……………六〇

第二節 關於地之效力……………六六

目錄

第一 關於本問題之主義……………六七

第二 刑法上之領域……………七三

第三節 關於人之效力……………七六

第四節 關於國際間之共助……………七八

第五章 刑法之用語……………八〇

第一 以上以下以內之意義……………八一

第二 公務員之意義……………八二

第三 公文書之意義……………八三

第四 重傷之意義……………八三

第六章 刑法總則適用之範圍……………八七

第二編 犯罪……………八八

第一章	犯罪之意義	八八
第二章	犯罪之主體	九〇
第三章	犯罪之客體	九三
第四章	犯罪之要素	九五
第五章	犯罪之行爲	九六
第一節	概說	九六
第二節	行爲之分類	一〇一
第三節	行爲與因果關係	一〇二
第一款	作爲與因果關係	一〇五
第二款	不作爲與因果關係	一〇八
第三款	因果關係中斷	一一〇
第四節	行爲之責任	一一五

第一款 責任能力·····	一一六
第一 幼者·····	一一七
第二 精神障礙者·····	一二一
第三 瘖啞者·····	一二三
第四 老者·····	一二五
第五 對於無責任能力人之處置·····	一二六
第二款 責任條件·····	一二六
第一 故意·····	一二七
第二 過失·····	一三一
第三 錯誤·····	一三八
第五節 行爲之階段·····	一四四
第一 決意(或陰謀)·····	一四四

第二	預備	一四五
第三	著手	一四六
第四	實行	一四八
第六節	行爲之違法	一四九
第一款	違法之概念	一四九
第二款	違法之阻卻	一四九
第一	正當防衛行爲	一五〇
第二	依法令之行爲	一五六
第三	依法屬上級公務員命令之職務上行爲	一五七
第四	業務上之正當行爲	一五八
第五	緊急避難行爲	一五九
第六章	未遂犯	一六七

第一節 未遂犯之概念	一六七
第二節 未遂犯之種類	一七〇
第一款 狹義未遂犯	一七一
第二款 不能未遂犯	一七二
第三款 中止未遂犯	一七五
第三節 未遂犯之處罰	一七七
第一款 狹義未遂犯之處罰	一七八
第二款 不能未遂犯之處罰	一七九
第三款 中止未遂犯之處罰	一七九
第四節 關於未遂犯之問題	一八〇

新刑法總論 上冊

江鎮三著

緒論

第一章 刑法之概念

第一 刑法之意義

刑法者，規定犯罪與刑罰之法規也。易言之，卽何種行爲爲犯罪，何種行爲爲非犯罪，何種犯罪應處罰，何種犯罪得減免，皆一一明定於刑法。蓋刑法之本質，乃爲人類行爲爲一定之準則，其內容包含犯罪與刑罰二者，故罪者爲刑之條件，刑者爲對於犯罪法律所附與之效果也。

第二 廣義刑法與狹義刑法

緒論 第一章 刑法之概念

刑法有廣狹二義，廣義刑法，即關於犯罪與刑罰一切規定之總稱。普通刑法特別刑法，固屬廣義刑法中之一部。即於私法程序法中之違法行為而有處罰之規定者，皆得包括在內。狹義刑法，則專指國民政府公布之中華民國刑法法典而言。

第三 普通刑法與特別刑法

普通刑法者，行諸一般範圍內之刑法也。特別刑法者，行諸特種範圍內之刑法也。普通刑法適用之範圍廣，一般人民皆應服從，即刑法法典是。本書所述之範圍，以普通刑法為限，亦即所謂狹義之刑法是也。至特別刑法則依下列四種情形別之。(一)限於特定事項，即特別刑法之內容，僅以犯罪特定事項為限。例如狩獵法、私鹽治罪法、出版法等是。(二)限於特定時期，普通刑法，自施行以後，廢止以前，有永久適用而無終期之性質。若特別刑法，則因特殊情形，往往預定施行期間，例如十六年十一月十八日公布之懲治盜匪條例，其施行期間，明定為六個月。又如臨時發生事故所定之刑罰法令，一俟事故終了，即當然失其效力是。(三)限於特別地域，即特別刑法，僅適用於某一特別區域。例如蒙古之理藩院則例，與

青海之番款條例，專適用於蒙古及青海是。(四)限於特別身分，即特別刑法，僅適用於特別身分之人。例如陸海空軍刑法，專適用於陸海空軍人是。

第四 形式刑法與實質刑法

刑法，因其所處地位之不同，又有形式刑法與實質刑法之分，形式刑法，為具有刑法之形式者，即合普通及特別兩種刑法之總稱。例如中華民國刑法、陸海空軍刑法是。實質刑法，為無刑法形式者，僅其實質同於刑法而已。例如森林法、交易所法、公司法、漁業法、礦業法、出版法等是。

第五 刑法與刑事法

刑事法，係關於刑法律規全體之總稱，刑法僅為全體中之一部分耳。如(一)關於司法警察之法規，(二)法院組織法，(三)刑事訴訟法，(四)刑法，(五)監獄法等。就廣義言之，皆刑事法也。蓋在犯人未明時，由司法警察官依其法規而搜索之。迄犯人已明，則送交法院而審判之。法院如何構成，則有法院組織法。審判官如何始受審判，則必依訴訟手續法。訴訟

手續法，即刑事訴訟法也。有手續法不可無實體法，實體法者，犯何等罪即定以何等之刑。刑法者，刑事實體法也。判決之後，然後執行，謂之行刑法，行刑法中最重要者，爲監獄法。數者皆相輔而行，缺一不可，此廣義也。然就狹義言之，則惟法院組織法、刑事訴訟法、及刑法三種。統稱刑事法。今所論述者，則又僅在刑法之一種耳。

第二章 刑法之性質

第一 刑法爲公法

法律有公法與私法之分，凡規定國家與國家及國家與私人間之關係者，謂之公法。凡規定私人與私人間之關係者，謂之私法。刑法乃規定國家與私人間之法律關係者，故爲公法而非私法。其對於個人義務之違反而科以刑罰者，亦因其與社會公益有關，屬公而不屬私。彼親告罪須告訴乃論者，不過爲訴追要件而已，犯人與告訴人間並無何等法律關係存在也。

第二 刑法爲國內法

法律有國際法與國內法之分，國際法，指國際團體間之法律，即國際公法而言。國內法，則謂在一國主權之下所施行之法律。通常所謂法律，多指國內法。刑法既係規定國家與私人關係之法律，當然爲在一國主權之下所施行之法律，故爲國內法。

第三 刑法爲普通法

法律有普通法與特別法之分，施行於全國領域，適用於國民全體，以及關於一般事項之法律，謂之普通法。否則謂之特別法。刑法乃規定人類行爲一定準則之法律，且適用於國民全體，故爲普通法。與陸海空軍刑法，僅適用於陸海空軍人者有別。

第四 刑法爲實體法

法律有實體法與程序法之分，規定權利義務之存否性質及其範圍之法律，爲實體法。規定行使權利及履行義務之手續之法律，則爲程序法。刑法係規定犯罪與刑罰之法律，即定國家於如何範圍內而有刑罰權，故爲實體法。反是如刑事訴訟法，僅規定適用刑法之程序，則爲程序法矣。

第五 刑法爲強行法

法律有強行法與任意法之分，人民對於法律。其取舍從違，不得任一己之自由者，謂之強行法。反是則爲任意法。刑法之規定，皆與公安公益有關，不論犯人之意思若何，苟犯罪，卽科以刑罰。常強制行之，故爲強行法。反是如民法商事法等，當其未入法律關係之先，人民對於契約交易，是否願行，得以自由之意思決定，法律並不強制行之，則爲任意法矣。

第六 刑法爲成文法

法律有成文法與不文法之分，凡國家以文書制定頒布之法律，謂之成文法。僅經國家認定，得有法律之效力者，謂之不文法。前者如國家以官報或其他文書公布之法律命令皆是，後者如習慣判例等是，刑法係以文書制定頒布之法律，故爲成文法。

第三章 刑法學

第一 刑法學之意義

刑法學者，研究犯罪及刑罰之原理原則，加以系統的說明爲目的之科學也。凡百科學，均自複雜現象中，發見共通原素，融會其統一之合理知識爲主旨。刑法學亦學之一種，其旨趣亦同。惟刑法學之任務，以規定犯罪與刑罰之法規爲基礎，研究其對於犯罪與刑罰所適用之原則。至若指摘現行刑法之缺點，爲他日修改刑法之資料，雖爲治刑法學者應有之責任，然非主要之目的耳。

第一 刑法學之種類

刑法學，依研究方法之不同，有沿革刑法學，比較刑法學，解釋刑法學之別。沿革刑法學，係就刑法學之縱的方面研究。即以歷史的研究方法，發見歷代刑法原則之異同爲主旨者也。比較刑法學，係就刑法學之橫的方面研究。即比較各國之現行刑法，而以發見刑法原則之異同爲主旨者也。解釋刑法學，係就一國之現行刑法，分條探討，而以其立法之原則及適用爲主旨者也。所不同於沿革刑法學及比較刑法學兩種者，蓋一則爲備立法事業參考之資料，一則求現在之適用也。

第二 刑法學與其他科學之關係

一切科學，莫不有連帶關係，非絕對各自獨立也。刑法學之範圍至廣，牽涉各種生活關係，不但政治、經濟等學，不可不知，即物理、化學、論理、倫理等學，亦莫不有多少之關係。故研究刑法學者，必有待於其他科學之補助也甚明。茲擇與刑法學最有關係之各科學，分述於左：

一、刑事人類學 刑事人類學者，依自然科學之原理，以研究人之容貌、骨骼、體質、狀態，與犯罪之關係之學也。廣義之刑事人類學，包括刑事生理學及刑事心理學二種。茲所述者，單就狹義之刑事人類學言也。一般刑事人類學者，大抵就實驗上所得之結果，別犯罪人爲五種。一曰生來犯人，二曰偶然犯人，三曰激情犯人，四曰癡狂犯人，五曰習慣犯人。

二、刑事生理學 刑事生理學，係意大利法醫學者林布羅梭所首倡。其最初主張，謂犯罪人中，有一種生來犯人，如顏面及頭蓋骨不整，相貌獯猛、斜目、曲鼻、聳耳、長腕、上唇單薄、顴骨凸起、前額呈異狀者，皆爲犯人。此外如狡猾、詭詐、怠惰、殘忍、好賭博、

耽酒色、乏悔悟心及道義心、富於模倣力等、無一而非犯罪之特徵。厥後立論稍有變更，謂犯罪不徒基於犯人之體質。尙有其他種種之原因，觀其一九〇二年所著犯罪之原因及其鎮滅一書，略謂氣候之影響，文化、人口增殖之多少，經濟的狀況，宗教之關係，教育及遺傳之如何等等，皆足爲生來犯罪之原因及誘因也。

三、刑事心理學 刑事心理學者，研究犯罪者之心理狀態，及至於犯罪之緣由，並此二者對於犯罪之影響之學也。其中亦分二派，一派謂犯罪者心理狀態，乃由於身體上缺陷所生之病的心理，故其研究，着重於病的心理狀態。一派謂刑事心理學之任務，在研究犯罪者之心理狀態，尤當注重者，爲責任能力，意思自由，及心神耗弱情狀等問題是也。

四、刑事社會學 刑事社會學者，以犯罪爲社會現象之一，而探究犯罪之發生與社會情況之關係之學也。蓋以犯罪之主要原因，多由於犯罪人之環境，不在犯罪人之自身。如家族繁多，艱於生計，災害之餘，缺乏衣食，勞工失業，難以謀生，刑餘之人，多失信於社會，難得職業，生長於不良之里閭，日趨下流，皆與犯罪大有關係。至於習慣惡劣，風俗野蠻，

賭博賣淫等，亦莫不足以使人犯罪，此外教育也，宗教也，人口疏密也，貧富懸殊也，均與犯罪大有關係者也。

五、刑事統計學 刑事統計學者，彙集多數刑事案件，分別統計，藉以明瞭刑事上主要事項之情況與趨勢者也。蓋凡百事業，欲定改進之方針，須考察過去之實況，故統計學尙焉。研究刑法學，亦不外是。

六、犯罪學 犯罪學者，研究犯罪者所使用之技術及方法之學也。至研究犯罪人間所用之術語，亦屬斯學之範圍。

七、法醫學 法醫學者，研究有關於法律事項之醫學藥學，藉以供給立法及裁判上必要之醫藥智識之學也。故又名裁判醫學。例如因病死亡而謂爲中毒，因生殖不能而要求離婚，人血與獸血之區別，自殺及他殺之判定，皆需賴法醫之補助，方能達到實體發見真相之目的，而昭裁判之公平。

八、監獄學 監獄學者，研究自由刑執行之種類及執行之方法之學也。蓋近代各國刑罰

，多趨重於感化主義。其能貫徹此主義與否，即視其國獄制之良善與否以爲斷。故監獄學者，乃研究收刑法上最後效果之學也。

九、刑事政策學 刑事政策學者，應用科學智識，探討預防犯罪之方法，及確立適當刑罰制度之政策之學也。易言之，即探求犯罪原因，研究鎮壓犯罪減少犯罪方法之科學也。我國尚書大禹謨：有「刑期無刑」一語，即近代刑事政策之濫觴。自十九世紀，由亨克創此名詞，後經李司德氏之唱導，刑事政策學遂大盛，近今各國，幾無不採用者矣。

第四章 刑事學

刑事學者，研究犯罪之原因，及防止之政策，以爲刑法立法上之計劃，及運用方針之指導也。斯學大別爲犯罪原因學，及犯罪政策學二種。犯罪原因學，包含刑事人類學、刑事生理學、刑事心理學、刑事社會學諸種，已於前章述之。茲僅就犯罪政策學，分述於左：

第一 刑事社會政策

刑事社會政策者，即依刑法以外之方法，而圖減少或防止犯罪之政策也。如振興實業以救窮，普及教育以養性，發展經濟以致富，悉以刑法外之政策，預防犯罪之發生者。又如設感化院，以處置幼年犯罪者，設精神病院，以處置瘋狂人犯罪者，設出獄人保護會，以防止出獄後之再犯等。凡足以預防犯罪之發生者，皆屬於刑事社會政策之範圍。

第二 刑事立法政策

刑事立法政策者，即研究應制定如何之刑法，始克達防止犯罪之目的，而收刑罰之效果者也。其重要政策，舉之於下。(一)如何能適合人情，而定一行爲之準則，使各人相安無擾。(二)如何能矯正陋俗，寓道德於法律之中，以期風俗淳美。(三)如何能刑一儆百，使無再犯，以收預防之效。(四)如何能於刑罰適用之際，不背刑法本旨。(五)如何能因應時勢而隨時有救濟之道，使法律與事實不至判若兩途。凡此皆屬刑事立法政策之範圍。

第三 刑事司法政策

刑事司法政策者，即研究應有如何之司法官，方能收適用刑法之效果者也。易言之，即

司法官須有充分之法律學識，並須經驗豐富，辦事勤慎，克盡厥職是也。而爲檢察官者，亦須寬大明察，注意於檢舉及訴追之運用，而求適合刑事政策之目的。

第五章 刑罰權之根據

刑罰權者，國家統治權之作用，國家既有統治權，卽有刑罰權，有謂國家不得有刑罰權者，實謬誤之見也。惟國家何以有此權力？學說不一，茲舉其重要者如次：

一、社會契約說 是說謂社會之起源，由於人民之集合，集合之始，卽共同締結契約，各尊重其權利，而不相侵害。以享共同生存之幸福，違約者應受刑罰制裁 國家本此契約，故有處罰違約者之權。

二、純正正義說 是說謂犯罪者不正行爲，應卽加以相當之責罰，以爲報復而贖其罪也。國家之科刑權，不過完此正義之要求耳。

三、社會實利說 是說謂國家之組織，原以謀社會之利益爲主旨。刑罰權之基本，存於

社會之利益及其必要，有其必要，故科以刑罰，其有合於正義與否，非所計也。

四、進化說 是說謂凡一切生物由物競天擇而進化，人類亦然，社會蓋亦如是。故有害其生存者，則依強力鎮壓之以自衛，實理之當然。犯罪乃有害於社會之共同生存，即為社會之公敵，國家為維持社會公共安寧計，不得不以刑罰鎮壓之。故刑罰者，出於國家生存之必要也。

以上四說，前三說為現今學者所不取。惟進化說謂刑罰出於國家生存之必要，國家所以有刑罰權者在是，犯人所以有科刑責任者亦在是，比較諸說，實為確當。故為現今有力之學說。

第六章 刑法之目的

國家行使刑罰權之目的如何？學說紛紜，莫衷一是，所謂刑法主義之爭執也。大別之可分為三種：其一為應報主義與預防主義，其二為事實主義與人格主義，其三為感應主義，茲

分別述之於左：

第一 應報主義與預防主義

一 應報主義

應報主義者，即基於因果應報之理法，對犯罪之惡性，必予以相當之報復之謂也。蓋以吾人既具有辨別是非善惡之知識，即有擇善祛惡之自由，乃不祛惡擇善，而施犯罪行為，若不與以相當之報復；何足警其犯罪之惡因，而維安寧之秩序。故刑罰者，實出於正義之要求，而對於犯罪人予以一定之報復者也。所謂「有罪必罰」即應報主義之精神也。關於此主義，又可分為三種：

(1) 神意應報主義 最初之刑罰主義，為神意應報主義。此主義以神為正義之淵源，犯罪即違反神意，違反神意，即不能免夫天討，刑罰者，即天討之實施，對於犯罪而施以相當之應報者也。

(2) 道德應報主義 此主義在歐洲為康德氏所倡，以道德上之觀念，為應報主義之原因

，換言之，即違反道德之行爲，刑罰根據道德對於犯罪而施以應報者也。蓋以吾人對於犯罪所生之不平，非回復之，無以彌道德上之缺憾。刑罰即本此觀念實施，以爲犯罪之應報。

(3) 法律應報主義 此主義以犯罪爲違反法律之行爲，刑罰即依據法律對於犯罪而施以應報者也。刑罰之標準，應以報復或反坐爲原則。故殺人者必須處以死刑，傷人者必須處以肉刑，是即斯主義之真諦。

二 預防主義

應報主義既如上述，有以爲行使刑罰權非爲對於過去事實之應報，其目的而在將來犯罪之預防者，是爲預防主義。又曰目的主義。即以刑罰爲保持社會之共同生活。預防犯罪之一種手段者也。而其間又分爲一般預防與特別預防二種。

(1) 一般預防主義 一般預防主義，以爲刑罰之目的，應注重於懲一儆百，故刑罰法規之公布，與夫刑罰執行之公開，皆所以警戒一般人民，使不致自蹈罪戾者也。一般預防，實包括威嚇懲戒二種主義。蓋以國家處罰犯罪，不外欲使一般社會知所畏懼警惕，而不敢再蹈

刑網，庶乎社會之安寧秩序，得以維持。

(2) 特別預防主義 特別預防主義，以爲刑罰之目的。應注重於改過遷善。質言之，刑罰之用，注重於犯罪者個人，對於犯罪者，無論加以威嚇，或誘之向善，或奪其自由，要皆以防止犯罪者將來再犯爲目的。與一般預防主義之目的，在使一般人鑒於刑罰之苦痛而不犯罪者不同。

第二 事實主義與人格主義

一 事實主義

事實主義者，即以犯罪者所犯之罪之大小輕重，而定刑罰之輕重也。其所犯之罪大者，則所處之刑亦重。其所犯之罪小者，則所處之刑亦輕。故其刑罰之輕重，全以犯罪之結果爲衡。而其犯罪之動機如何，犯人平日之品性如何，皆非所問。故對於偶發犯罪與習慣犯罪，並無區別也。

二 人格主義

緒論 第六章 刑法之目的

人格主義者，即對於犯罪人所加刑罰之輕重，應以犯罪人之性格爲權衡，不以犯罪之結果爲標準也。其人平日而果性格善良也，即因偶然犯罪，誤觸法網，則雖結果甚大，亦不處以刑罰。使爲習慣犯罪，則雖所犯之罪甚小，亦必處以重刑。蓋其處罰犯人，不以犯罪之事實論，而以犯人之性格論也。

第三 感應主義

感應主義者，即刑罰之輕重，專以犯罪人感應力如何以爲準，即一方審查其犯罪之事實，一方又審查其犯罪人之性格，合雙方而考察之，以定其所處之刑罰，蓋即折衷事實主義與人格主義者也。

以上數種主義中，要以感應主義爲最善。故近代各國刑法，多採用之，我國亦然。蓋既不偏於事實，亦不偏於人格，如刑法中緩刑、假釋、減輕、免除、以及累犯加重、刑之酌科等之規定，莫非以感應主義爲基礎也。

第七章 刑法之沿革

刑法之沿革，即刑法發達之已往陳迹也。各國發達，遲早不同，故其刑法沿革，亦因國而異。茲就歐洲各國刑法共同經過之沿革，及我國刑法之沿革，述其概略焉。

第一節 歐洲刑法之沿革

歐洲各國刑法之沿革，其在羅馬以前，不甚可考，羅馬以降，歐洲即呈四分五裂之象，各國競起，直至於今，雖各有其法，而要皆沿羅馬法之舊，不過參酌時勢以爲損益耳。茲就歐洲各國刑法共同經過之沿革，約分四時期，述之如次：

第一 復仇時期

復仇思想，基於生物自衛之本性，具爲自然之現象，即原始時代維持社會之生存，制裁犯罪之方法，亦據此思想者也。古代族制盛行，行刑之權，操之於族長，故當時所謂刑罰者

，僅家族內之懲戒方法而已。繼家族制度而起者爲社會制度，故由家族制裁轉爲社會制裁，當時主權雖較爲統一，而個人間相互侵權傷害之行爲，一任被害人或其親屬執行自衛之手段，殺傷，則依復仇制裁之；盜奪，則依報復捕獲之；義務違反，則依強制拘留之；此卽所謂復仇制度是也。復仇制度爲現代刑罰制度之起原，亦可謂損害賠償制之發端也。惟私人之復仇，尙缺乏刑罰之本質；且復仇之起因，在維持社會之生存，而減少人類相互殘害之悲慘。迄乎人類智識漸次進步，對於復仇制度，乃加以種種之限制。又復於侵害與報復之間，保其權衡。一則使加害人得解除侵犯之責任，一則使被害人不得逾其相當報復之程度，如以目報目，以齒償齒，此卽所謂反坐制度是也。更進而有一「避難市」之制度，其無故意而殺人者，得逃入市內，以免復仇。若出於故意而殺人者，逃入「避難市」時，則由其市之紳士訊問審判之。無避難之資格者，則逐出市外，以交付於復仇者。故此項制度，一方爲對於復仇之限制，一方又爲刑事裁判之淵源也。迨社會組織益爲健全，而刑罰之觀念漸亦爲之一變，因之而有贖罪制度。此項制度，卽許以己之財產，贖己之罪惡，其賠償額，除協議外，概以習慣

償付，苟有爭議，得請族長紳士僧侶等裁斷之。惟此種賠償制度，初亦僅獎勵賠償。被害人
有承諾或拒絕之權。再進而爲強行制度，以強制被害人承諾其所受損害之賠償也。且贖罪金
，初亦專爲被害人強制賠償，迨君權發達，對於償金，則由君主徵收，以加重侵權人之賠償
責任。前者爲民事上損害賠償之起源；後者爲刑事上罰金之濫觴。民事裁判與刑事裁判之區
別，至此遂萌芽焉。

第二 威嚇時期

此時期社會組織，漸次完備，君主權力，漸次伸張，故代反坐贖罪之制而興者，遂有身
體刑焉。當時國家對於犯罪之行爲，無論其爲公罪或爲私罪，概以威嚇爲刑罰唯一之目的，
以期懲一儆百，懲戒後，而於犯人之悔改，漠不關心。故其刑罰，極爲峻酷，如炮烙、湯鑊
、磔鋸等刑，皆爲此時期之產生物。然當時刑罰之所以如此峻酷者，亦有其故焉。蓋歐洲中
世紀，宗教勢力，甚爲隆盛，視犯罪爲瀆神之行爲，故須從嚴處罰，其故一也。再當時社會
制度，尚無近世之完備，遂不惜嚴刑苛罰，威嚇社會，以冀鎮壓犯罪，其故二也。不寧惟是

，因當時個人權利自由觀念，尙未發達，故對於犯罪與刑罰，不由法律預爲規定，一依元首之便利與官吏之專橫，其故三也。惟其如此，故當時之刑罰，力求嚴峻，繼以慘酷。是以當時之刑罰適用最廣者，大抵屬身體刑與生命刑二種，別無所謂刑罰云。

第二 博愛時期

此時期刑罰組織，頗趨寬大，與威嚇時期，迥乎不同，實胚胎於博愛思想也。蓋以極刑之慘酷，非僅無減少犯罪之實效，且足以增長社會殘忍之風氣，而刑罰威嚇主義，是否適應神之旨意，亦爲當時社會所疑惑，惟其如此，故刑罰當以改過遷善爲目的，此種仁愛思想，古時希臘哲學家提倡於前，以懲戒改善爲刑罰之目的；基督教復宣傳於後，以宥恕感化爲刑罰之目的；故當時刑罰觀念，遂發生一大變化。不寧惟是，且其時君主暴虐，羣起反抗，以創設憲政而保障民權，故刑法之領域，遂由專擅主義而改法定主義。非僅主張刑罰，應以法律明定，卽於刑罰之本身，亦當以寬恕爲原則。故承十八世紀法國革命之後，十九世紀之初，歐洲各國所制定之刑法，大抵皆據此種法定主義也。

第四 科學時期

博愛主義之下刑事政策，僅以緩和刑罰爲已足。而於當時實際情況考之，犯罪並不因之減少，且反增加，其中尤以累犯爲最，此爲最大之缺陷者。蓋以其目的，在於撲滅犯罪，所謂刑期於無刑是也。惟如何方能達此撲滅之目的，則現在學者，就犯罪自體，爲科學之研究，以發見犯罪現象之真正原因所在，對於已犯罪者施以適當之處治，以矯正其惡行；對於未犯罪者，設有消弭之方法，以盡除其禍根。故既爲社會矯正罪犯，復可爲社會防禦罪犯；則於社會之安寧方面與人道方面，俱得增進其幸福也。故此時期，各國關於行刑之改革，不遺餘力，而其所以改革之原因，則不外刑罰觀念之變遷也。蓋昔日刑法之思想，以爲犯罪行爲，乃個人自由意思之發動，刑罰之本質，爲基於正義之報應，而其內容，爲痛苦與罪惡，科刑對於犯罪，乃以惡制惡，以辟止辟，故刑法爲倫理色彩最豐富，同時技術成分最缺乏之法律；而於科學時期，刑法觀念爲之一變。刑罰之本質，已由報應而變爲預防，近更進而認爲一種教育，於是刑法之倫理的性質，不能不讓步於技術的要求，以完成其對於社會之使命，

故最近各國刑事立法及其修正，莫不努力於技術的成分之輸入也。

第二節 我國刑法之沿革

我國自有歷史以來，向崇道德宗教禮儀政治而不言法律，故一般法制，幾無歷史沿革之可言。惟刑名則與禮制相出入，與政術同作用，又與兵事類列，而於古無甚區別。較之一般法制史，其沿革起原爲最早。始自唐虞，迄於明清，以至今日。就刑法上沿革言之，略可分爲三時期。析述如左：

第一時期

自虞夏至元明，其沿革損益之大略，具見於虞書、康誥、呂刑、周官、春秋等經籍，及歷代史志、通典、通考等書。非本書之篇幅所能概括。且於實際之應用，關係較少，當專讓之於沿革刑法學。其間所採主義，大抵重純理報應，而不知所謂目的預防。其所採刑制，大抵有斬殺、流放、籍沒、族誅、肉刑、體刑、羈縻、奴虜、及各種慘酷之刑。世愈古者，其

刑愈慘酷，而苛刑擅斷之風亦愈甚。兵刑既無所分，刑禮刑政概無所別，更無論民事刑事及其他之分化也。此時期又分之爲二：

一、自虞夏至隋唐。古時草昧初開，文法簡單，有刑官而無刑典。虞創五刑，周懸象魏，迄今亦無可考之成文。自申韓以削刻爲世病，名法之學，益爲道德縱橫儒俠諸家所擯棄。其刑書之有篇目次序可按者，惟以魏李悝之法經爲最古。分盜法、賊法、囚法、捕法、雜法、具法而爲六；是卽中國刑法系統之鼻祖。漢律增之爲九章，魏律廣之爲十八篇，歷晉迄南北朝代有增損。至唐貞觀，踵開皇武德之舉，撰成唐律。分名例、衛禁、職制、戶婚、廐庫、擅興、賊盜、鬥訟、詐僞、雜律、捕亡、斷獄爲十二篇，條例加密，而刑法之成文法至爲較詳，於刑法之沿革史上，可爲一大結束。

二、自唐以後至元明。唐律素稱精當，自長孫無忌等加撰疏議爲三十卷，日益精詳。自後遂爲科目之一，其支配之力，遠及海外日本。所謂大寶律令實以是模範。中國刑法能獨立成爲一系統，蓋自唐律始。可爲中國刑法史上之一大特色。自是歷千數百年，宋之刑統，

元之典章，明之大明律等，均莫能軼其繩墨之外，此實爲吾國之固有法。唐時於律文之外，本原有令及格式。宋之編勅，亦在正律以外。自明以大誥會典問刑條例附入律後，於是律例始合而爲一，遂至開大清律例之先聲。

第二時期

自清初以至清末，其間又可細分爲三時代。

一、大清律例時代 自清初至宣統元年間，所奉行者爲原有之大清律例，實悉本唐律及明律之舊。分吏、戶、禮、兵、刑、工等，總目而爲六。又分名例、職制、公式、戶役、田宅、婚姻、倉庫、課程、錢債、市廛、祭祀、禮制、宮衛、軍政、關津、廐牧、郵驛、賊盜、人命、鬥毆、罵詈、訴訟、受贓、詐僞、犯姦、雜犯、捕亡、斷獄、營造、河防等門，目爲三十，更分子目爲四百三十有六，并附以條例，凡一千零四十二條。雍正乾隆，代有修改。至嘉慶六年，增定條例爲一千五百七十餘條。以律爲本，例各隨之，列十惡之條，定八議之典，別公私之罪，分首從之法。律文簡古，又增小注以明之。蓋律以定罪，例以輔律。其

斷罪之法，有例者不引律，有單行章程者則不引例。正律而外，更附比引律，及嚴緝逃旗之督捕則例。於內外蒙古之刑事，更別定蒙古專例，較普通刑律爲輕。官吏犯罪，又別有處分則例。其見諸吏律者，僅關於罪名之規定而已。戶律爲關於民事者，兵律爲關於軍事者，而刑律中之訴訟捕亡斷獄等篇，又皆關於訴訟事件。故自唐以來之律，可謂合民法刑法民刑訴訟法爲一編者也。五刑之制，與明相同。笞自一十至五十，凡五等。杖自六十至一百，亦分五等。徒刑自一年起至三年止。以半年爲一等，流刑自二千里起至三千里止，以五百里爲一等。謂之五徒三流。至死刑，在唐僅爲斬絞二種，明始加凌遲，清亦因之。流之外又有發遣及充軍，遣有一定之地，軍則臨時定之，有附近、近邊、邊遠、烟瘴、極邊之別。又贖，分收贖納贖二種，收贖爲法律所定，而納贖則由官廳核其罪情而定也。於死罪之審擬，更另定秋朝審制度。乾隆三十二年及四十九年，兩次經刑部纂定秋審條款，訂定子目四十條，於斬絞各囚，除立決者以外，其入監候者。均由秋朝審分別情實、緩決、矜疑三項，予勾或停減，實爲慎刑恤囚之大典。律文以垂定制，例文惟合權宜，故乾隆年間，訂定修例專章，五年

小修一次，又五年大修一次，共分刪除、續增、修改、修併、移改五項。以隨時應用。然自同治九年以後，歷久停修，而例文遂至紛亂無紀。於是因壬寅商約（光緒二十八年）而遂有整頓律例之議，先以修改中律爲其著手之方法。

二、現行刑律時代 自清宣統元年後至宣統三年爲止，所奉行者爲大清律例已修正之現行刑律。蓋舊律承自有明，實始於唐，歷千餘年，多不合世界新刑事政策之潮流。如流囚家屬私出外境，違禁下海、封禁礦山，朝見留難，文官不許封公侯等條，均成虛設，不得不從刪削。清末官制既改，不得不廢六律之名。又廢凌遲梟首戮屍等慘酷之刑，免緣坐，除刺字，笞杖改爲罰金，徒流均免實發，改爲工作，廢死罪之虛設，改併律定之笞杖徒流死及例定之軍遣而爲死遣流徒笞之五種。禁革買賣人口，廢止關於奴婢奴僕之條例。改減蒙古專例，訂滿漢通行刑律，刪除旗籍與民人輕重互異之條，變通秋審之制。又另增私鑄銀元，及揭捐郵票等各專律，均爲刑法上之大改革。至現行刑律，以宣統元年八月告成。當時原奏聲明，以新律頒行，此項律例，卽行作廢。本意專爲溝通新舊，以作中間過渡之規定。然因司法官

廳急待應用，不能久稽，仍止就原本體裁酌加修正，其實際仍仿修例舊章，未能遽與新律接也。

三、大清新刑律時代 大清新刑律，由修訂法律館起草，自光緒三十三年八月告成。經各部及各省簽注，加以修正，復經憲政編查館核訂，資政院第一期議會議決，通過總則，而分則不及議畢，即於宣統二年十二月二十五日一併公布，定於宣統四年施行，未及期而民國已成立。新刑律草案，調查考訂之事，雖出於日本岡田朝太郎者爲多，而修訂法律大臣沈家本實始終主持其事。溝合新舊。貫通中外，在當時尙稱完備之法典。其於現行刑律改正之處，根本上迥不相同，此第二時期之概略也。

第三時期

自民元以至今日

民國成立之後，經參議院議決，將前清未及施行之法律草案，除與民國國體牴觸各條予以刪除外，一律請由大總統頒行。大清新刑律因即於民國元年三月十日頒布，定名爲中華民國

國暫行新刑律。此律乃參酌各國刑法，折衷歷朝舊制，求適固有之國情，又應當代之需要，法良意美，以視昔日歷代相沿，不合世界潮流之刑法典，不可同日而語矣。國民政府奠都南京以後，因暫行新刑律與國情黨義不無牴觸，遂由前司法部長王寵惠主稿，將北京政府第二次刑法修正案，略予增刪，重行編訂，於是乃有民國十七年三月十日頒布之中華民國刑法。其內容以之與現代任何國家之最進步之刑法相較衡，當亦無遜色。然法律所以表彰時代之精神，實文化現象之反映，法與時轉則治，治與世宜則有功。該項刑法頒行數年，由於我國社會國事之激變，其中自難免不發現缺陷。因之立法院於民國二十年十二月，遂有修改刑法之議，並組織委員會專司其事，殆欲求其時代之文化，不相背耳。經刑法委員會二年餘之研究及實地考察，始於民國二十二年十二月間完成刑法修正案初稿。初稿告成後，并廣徵意見，博採衆議。稿又數易，該院先後開會共計一百八十四次，遂於民國二十三年十一月一日，三讀通過刑法修正案。旋因婦女界對於刑法修正案第二百三十九條和姦罪之規定，表示異議，復於同年十一月二十九日第三百八十四次大會決議，將該條修正，呈經國民政府於民國二十

四年一月一日明令公布，定名為中華民國刑法，即現在施行之新刑法也。此項刑法，於中西法家學說及現代國情，斟酌損益，折衷至當，堪稱最進步之刑法。

第八章 新刑法與舊刑法之比較

第一 總則編之比較

新刑法與舊刑法不同之點甚多，茲先就總則編言之：

一、舊刑法總則編，計十四章，一百零二條。經立法院增刪修併後，新刑法僅僅餘十二章，九十九條。章數既有減少，章名亦有變更。其增刪修併之要旨，分述如次：

(1) 舊刑法文例章內，關於親屬各條，因民法親屬編已有規定，均經新刑法刪去。所餘條文，新刑法將其併為一條，附於法例章內，而將文例一章刪去。

(2) 舊刑法時例章內各條，有為民法中已規定者，如關於時期之計算是。有為監獄規則中已規定者，如釋放犯人之時期是。均經新刑法刪去。所餘刑期計算一條，新刑法併入刑之

章內，而將時例一章刪去。

(3) 舊刑法刑事責任及刑之減免章內各條，大都關於刑事責任問題，僅自首一條，專關於刑之減免，故新刑法將該條移入刑之酌科及加減章內，而將章名簡稱為刑事責任。

(4) 舊刑法稱未遂為未遂罪，規定未遂罪章。新刑法以未遂乃犯罪未遂之意，非有所謂未遂罪也。故將未遂罪章，改為未遂犯章。

(5) 舊刑法刑名章內各條，不僅刑之種類，且有刑之重輕，刑之執行，刑之宣告，及羈押折抵等，故新刑法簡稱為刑。

(6) 舊刑法併合論罪章內各條，大都為數罪併合處罰問題，故新刑法將該章改為數罪併罰。

(7) 關於刑之酌科及加減例，舊刑法分設二章，新刑法將其併為一章，以期簡括。

(8) 最近刑事政策，注重社會之防衛。各國新訂刑法，關於保安處分一章，規定頗詳。舊刑法對於少年犯及精神病人，雖有感化教育監督品行及監禁處分之規定，殊嫌範圍太狹。

故新刑法仿照各國最新立法例，特增設保安處分一章，以期完密。

二、舊刑法第二條，關於中間法未有規定，且僅以新舊法刑之輕重爲比較之標準，殊嫌疏漏，故新刑法增置中間法之規定。除保安處分應絕對從新外，其他如裁判前之法律，較有利於行爲時，則應依行爲時法，或其中間法中最有利於行爲人之規定處斷。又處罰之裁判確定後，法律有變更不處罰其行爲者，似無再執行其刑之必要，新刑法並增定之。

三、在飛行於領域外之我國航空機內犯罪，亦應適用我國刑法，舊刑法未設規定，新刑法特增入之。

四、使人爲奴隸，爲國際上應禁止之行爲。又公務員在外國犯公務上侵占罪，亦應依我國刑法處罰。舊刑法均未設規定，新刑法特分別增入之。

五、依舊刑法第七條，中華民國人民在中華民國領域外，或外國人民在中華民國領域外，對於中華民國人民犯最輕本刑爲有期徒刑以上之罪者，即適用中華民國刑法，範圍太廣，事實上等於具文。新刑法改爲犯最輕本刑爲三年以上有期徒刑之罪，始行適用，較爲洽當。

六、關於消極行為與犯罪事實之因果關係，舊刑法無明文規定，適用上不無困難，新刑法特增定之。

七、舊刑法關於刑之加減，均稱本刑。實則遞加遞減，先加後減，或先減後加時，其所加減者，乃本刑加減後之加減刑，而非本刑。新刑法將本刑之本字刪去，改稱其刑。

八、依舊刑法規定，不知法令，僅得因其情節，減輕其刑，殊嫌過嚴。新刑法將不知法令改爲不知法律，且規定於一定條件之下，得免除其刑。

九、對於少年犯罪，應以感化教育爲主，爲各國刑法通例。舊刑法關於少年犯罪責任年齡，規定爲十三歲，宥減年齡，規定爲十六歲，殊嫌過低。新刑法將責任年齡提高至十四歲，將宥減年齡提高至十八歲，同時並將感化教育監督品行等處分，詳細規定於保安處分章內，以資救濟。

十、舊刑法對於精神耗弱人及瘖啞人之處罰，採必減主義，殊嫌過寬。新刑法改爲得減

十一、舊刑法對於酗酒犯罪，設有特別規定。新刑法以酗酒犯罪，依法當然處罰，無特別規定之必要，故將該條規定刪除。

十二、舊刑法規定，下級公務員對於依所屬上級公務員之職務上行爲，不問明知違法與否，一律不罰，殊嫌過寬。新刑法特增設但書之規定，稍示限制。

十三、舊刑法對於不能犯之處罰，採得減主義，並僅以犯罪之方法決不能發生結果者爲限。新刑法改爲不問方法不能或目的不能，如無危險者，卽必予減免，似較允當。

十四、教唆犯惡性甚大，最近學說，多數主張，宜採獨立處罰主義，新刑法從之。惟被教唆人未至犯罪，或雖犯罪而未遂，卽處教唆犯以既遂罪之刑，未免過嚴。新刑法又規定此種情形，以未遂犯論。

十五、舊刑法對於從犯之處罰，原則上採必減主義。新刑法對於從犯，一概規定得減。俾司法官斟酌情形，自由裁量，以期半允。

十六、舊刑法對於拘役加重最長期限，未予規定，似嫌疏漏。新刑法規定以四個月爲限

，俾與徒刑有別。

十七、舊刑法第五十一條，規定主刑重輕之標準，適用上難免不發生困難。如專科選科併科等問題，有時則非該條規定所能解決。新刑法酌予修正，較爲完善。

十八、舊刑法關於褫奪公權之規定，計有五種。新刑法將褫奪公權減爲三種，僅以喪失公務員資格公職候選人資格及行使選舉罷免創制複決四權之資格爲限。其他各種資格之喪失，則以在各種關係法規中分別規定。又新刑法於總則編中，明定宣告或得宣告喪失公務員資格之條件。而將舊刑法分則編中所有關係褫奪公權之條文，一律刪去。

十九、暫行新刑律關於短期自由刑易科罰金之規定，爲舊刑法所不採。因之受短期自由刑之宣告者，不問有何窒礙，均須送監執行，事實上頗感不便。且偶然犯罪之人，因受短期監禁，沾染惡習，亦所難免。近來學者及實務家多數主張恢復此制。故新刑法規定於嚴格條件之下，准予易科罰金。

二十、罰金繳納期間，舊刑法定爲一個月。新刑法以其太促，改爲二個月。舊刑法關於

罰金易科監禁，最長期得至一年，易與短期自由刑相混。新刑法改爲罰金祇得易服勞役，並以六個月爲限。又舊刑法規定，罰金完納期間，得本人之承諾，卽得易科，殊失財產刑之本旨。故新刑法改爲非經強制執行後，無力完納時，不得易服勞役。

二十一、受拘役或罰金宣告之犯人，如其犯罪動機，在公益上或道義上顯可有恕時，似無執行之必要。新刑法特設得易訓誡之規定，而舊刑法無之。

二十二、羈押折抵，舊刑法規定得以二日折抵一日。意謂看守所之待遇，較優於監獄也。惟經立法院委員實地考察各地看守所之設備，反多有不及監獄者。因之未決人犯所受痛苦，更甚於已決人犯。故新刑法規定採必抵主義，並以一日折抵一日。

二十三、易科罰金易服勞役及易以訓誡之效力如何，與累犯緩刑等極有關係，舊刑法未設規定，新刑法增定之。

二十四、舊刑法刑名章關於刑之執行各條，應規定於刑事訴訟法或監獄法內，故新刑法概予刪除。

二十五、舊刑法對於累犯，設有詳細規定，並將同一或同款之罪列舉。新刑法以累犯之惡性，未必與罪之同一或同款及次數之多寡爲正比例。故僅設賅括規定累犯加重其刑至二分之一，以便司法官斟酌運用，較有伸縮。

二十六、舊刑法對於連續犯，僅規定以一罪論。新刑法以連續犯有時情節極重，特增設加重其刑之規定。

二十七、舊刑法關於罰金之規定，注重在審酌犯人之資力，而於因犯罪所得之利益，未予顧及，致所科罰金數額，常有不及所得利益者。故新刑法特規定在所得利益之範圍內，畀司法官以酌量加重之權。

二十八、新刑法第六十一條各款所列之罪，在刑事訴訟法上，均屬簡易程序案件，檢察官固得爲不起訴之處分。但被害人逕向法院自訴，經法院認爲情節輕微，顯可憫恕時，如僅得減輕其刑，似嫌過重。故新刑法賦與司法官免除其刑之權，以保平衡，而舊刑法則無此規定。

二十九、舊刑法對於犯罪自首，一律定爲得減三分之一，殊不足以資獎勵，故新刑法在總則編中，規定一般得減情形，並在分則編中，增定減輕或免除其刑之規定。

三十、新刑法規定未滿十八歲人或已滿八十歲人，不得處死刑或無期徒刑，蓋以一則年少，尙可改善，一則老耄，應予矜宥，均不宜處以極刑也。而舊刑法關於此點，未設規定。

三十一、舊刑法對於減輕，定爲二分之一或三分之一兩種。其無幾分之幾之規定者，則至少減輕二分之一，未免寬嚴失當。且對於死刑無期徒刑，亦有減幾分之幾之規定，理論上亦不無欠缺。故新刑法對於死刑無期徒刑減輕者，明定其刑度。對於有期徒刑拘役或罰金減輕者，原則上減至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，得減至三分之一。至依法酌量減輕情形，亦明設準用之規定。

三十二、舊刑法對於緩刑之條件，僅以犯人曾否受有刑之宣告爲限。而對於受緩刑人之監督，並無規定，似欠妥當。故新刑法改爲非司法官認爲以暫不執行刑罰爲適當時，不得宣告緩刑。並規定受緩刑之宣告者，在緩刑期內，得付保護管束。

三十三、假釋條件，既以有悛悔實據爲限，則刑之執行期間不必過長。舊刑法規定，有期徒刑之執行未滿二年者，不得假釋。新刑法改爲未滿一年，較爲允協。

三十四、舊刑法關於起訴權及行刑權之時效，分爲二十年十年三年三種。新刑法改爲二十年十年五年三年一年五種，較爲平允。

三十五、舊刑法起訴權之時效期間，自犯罪最終之日起算，以連續犯爲限，不能包括有繼續狀態之犯罪。新刑法特改正之，規定有繼續狀態之犯罪，亦自行爲終了之日起算。

三十六、依舊刑法之規定，時效停止進行之原因未消滅者，其時效永無完成之日。故新刑法特規定經過一定期間，其原因視爲消滅。

第二 分則編之比較

其次就分則編言之，舊刑法分則編，計三十四章二百八十四條。新刑法增爲三十五章，計二百五十八條。其增修之要旨，分述如次：

一、舊刑法分則編，章數章名，經新刑法增修者如左：

(1) 妨害選舉罪章內各條，僅處罰妨害選舉，範圍稍狹。新刑法將該章章名，改爲妨害投票罪，俾於創制複決罷免等投票，亦得適用。

(2) 偽造公債票公司股票郵票印花稅票及其他一切有價證券，舊刑法均歸納於偽造文書印文章內，實嫌不類。新刑法將關於有價證券條文提出，另定一章。

(3) 盤剝重利，情極可惡，舊刑法未設規定，新刑法特增設處罰條文，附於詐欺背信章內，而將章名改爲詐欺背信及重利罪。

二、公務員瀆職罪，新刑法處罰。較舊刑法爲重。蓋新刑法以公務員瀆職，如不嚴加處罰，則吏治永無澄清之望。故除酌加公務員犯罪條文外，對於公務員之處罰，一律加重。

三、舊刑法總則編中，關於親屬各條，既經刪除。故新刑法於分則編中有關親屬各條，均按其情節，明定範圍，以資適用。

四、舊刑法關於對直系或旁系尊親屬犯誣告侵害墳墓屍體遺棄殺傷及妨害自由等罪者，均加重其刑。新刑法以爲以上各罪，一般處罰，已屬不輕，對於尊親屬犯罪，如果情節重大

，自可按照本刑之最高度處罰，無再行加重之必要。故僅留殺傷直系血親尊親屬及侵害其墳墓屍體加重等條，餘則一概刪去。

五、舊刑法關於自己所有物已受查封或擔負物權或已貸貸或保險者，於犯公共危險罪及竊盜搶奪強盜侵占詐欺背信毀棄損壞等罪時，以他人所有物論。新刑法以爲公共危險罪章內，對於燒燬或侵害自己所有物，既有處罰規定。而妨害公務罪章內，對於損壞除去公務員所施之封印或查封之標示或爲違背其效力之行為者，亦有處罰之明文。至於其他情形，儘可依民法請求損害賠償，以資救濟。故將舊刑法第二百零九條，第三百三十九條，第三百五十九條，及第三百八十五條，一律刪除。

六、舊刑法關於因而致死或重傷條文，多比較故意傷害罪從重處斷。輾轉引用，頗感困難。故新刑法一律明定刑度，適用較便。

七、預備殺人，預備強盜，預備擄人勒贖，危險極大，舊刑法未設處罰規定，新刑法特增定之。

八、舊刑法對於同謀犯之處罰，僅限於殺人強盜及擄人勒贖，範圍既嫌太狹。且同謀犯罪，如有教唆情形，自可適用總則編。關於教唆之規定。如僅參預謀議，則言語幫助，亦爲幫助之一種，更可適用總則編中關於從犯之規定。故新刑法將舊刑法第二百八十八條、第三百五十一條及第三百七十三條，關於同謀犯條文，一律刪去。

九、內亂罪僅在預備或陰謀狀態中，危險未著。對於自首者，處罰不妨從寬。新刑法增設得免除其刑之規定，而舊刑法無之。

十、舊刑法第一百零五條所規定之幫助內亂罪，實係內亂罪之從犯，自可適用總則編，關於從犯之規定，分則編無特別規定之必要，故新刑法將其刪除。

十一、舊刑法對於與外國訂約損害主權之處罰，僅以違背政府委任者爲限。新刑法以爲如未受政府委任之人，就應經政府允許之事項，私與外國政府或其派遣之人爲約定者，亦應從嚴處罰，故增訂處罰之規定。

十二、舊刑法第一百十二條之外患罪，新刑法已將其包括於第一百條內亂罪之內，故將

該條刪去。

十三、普通故意殺人故意傷害及妨害自由名譽各罪，處刑本已甚高，對於外國元首犯以上各罪，似無再行加重之必要，更不必罰及預備行爲。至對於外國代表犯罪，按其性質，自各有專條可以適用，亦無須準用妨害公務罪各條之規定。故新刑法將舊刑法妨害國交罪章中第一百二十一條、第一百二十二條及第一百二十三條，概予刪去。但對於友邦元首及外國代表公然侮辱者，依通常處罰，似嫌過輕，故新刑法另訂較重處罰之條文。

十四、私與外國戰鬥，普通人犯之者甚少，至軍人，已有陸海空軍刑法可以適用，自無另設規定之必要，故新刑法將舊刑法第一百二十四條刪去。

十五、公務員不盡厥職，擅棄守地，自屬罪大惡極，舊刑法未設規定，新刑法特增定嚴厲處罰之條文。

十六、舊刑法對於賄賂罪，規定授受同科，往往不易發覺，故新刑法將對於公務員職務上行爲之行賄罪刪去。至對於公務員違背職務行爲之行賄罪，新刑法規定除減輕其刑外，並

設自首減輕或免除及自白得減之規定，以便賊案易於發覺。

十七、舊刑法第一百三十條，係規定有審判職務之公務員或公斷人之特別受賄罪。新刑法以一般受賄罪，處刑業已加重。而公斷人現已改爲仲裁人，分別規定於各關係條文中，故將該條刪去。

十八、舊刑法第一百三十三條，僅處罰有追訴犯罪職務之公務員，範圍稍狹。故新刑法將有處罰犯罪職務之公務員，一併加入。至濫用職權爲逮捕或羈押者，情節亦極重大，不可不加處罰，新刑法並增定之。

十九、有管收解送或拘禁人犯之公務員，如對於已決未決之刑事被告或嫌疑犯有凌虐行爲，實屬非法。舊刑法未設規定，新刑法特增訂處罰條文。

二十、公務員越權受理民刑訴訟，數見不鮮，於法治大有妨害。舊刑法無處罰之規定，新刑法特增定之。

二十一、公務員廢弛職務，釀成災害，情難宥恕，舊刑法未加規定，殊嫌疏漏，故新刑

法增訂處罰之規定。

二十二、舊刑法對於公務員犯直接或間接圖利之罪，無沒收及追徵價額之規定，似嫌疏漏，故新刑法增訂之。

二十三、舊刑法第一百三十七條，處罰公務員洩漏或交付秘密，以關於民國內政之文書圖畫消息物品爲限，範圍似嫌過狹。新刑法將文字修正爲國防以外應秘密之文書圖畫消息物品，較爲包括。又新刑法以公務員因過失洩漏或交付國防以外之秘密文書等物，及非公務員而洩漏或交付因職務或業務知悉或持有國防以外之秘密文書等物者，均不可不加處罰，故增設處罰之規定。

二十四、考試爲國家要政，如有舞弊情事，使考試發生不正確之結果者，自應加以處罰。舊刑法未加規定，新刑法特增定之。

二十五、預防犯罪，本屬國家警察職責，必使人民負此義務，未免太苛。故新刑法將舊刑法第一百六十二條及第一百六十八條刪去。

二十六、挑唆或包攬訴訟而從中漁利者，情節可惡。舊刑法未設明文，新刑法特增設處罰之規定。

二十七、舊刑法對於偽證之處罰，僅以審判時之陳述爲限，在偵查時虛僞陳述，無法防止。故新刑法將偵查時陳述加入，但以檢察官偵查時爲限。

二十八、暴露有傳染病菌之屍體，或以其他方法散布病菌，最易發生災疫，關係人民生命健康至鉅。舊刑法第二百零六條未加規定，新刑法增定之。

二十九、偽造度量衡章內各條之未遂罪，大都情節輕微。而舊刑法第二百二十一條，罰及持有。按照我國社會情形，尤覺過苛，新刑法均予刪去。至行使違背定程之度量衡者，以從事業務之人爲最多，故新刑法增定較重處罰之明文。

三十、舊刑法第二百三十二條，關於從事業務之人登載不實之事項於其業務上作成之文書者，以醫師之證書爲限，範圍太狹。新刑法擴充其範圍至一切從事業務之人及一切業務上作成之文書，適用較廣。

三十一、舊刑法規定，姦淫未滿十六歲之女子者，以強姦論。新刑法改爲姦淫未滿十四歲之女子者，以強姦論。至姦淫已滿十四歲未滿十六歲之女子，則處以較輕之刑。其與十四歲以上未滿十六歲之男女爲猥褻之行爲者，亦準用此項規定。

三十二、舊刑法第二百五十六條，僅科有夫之婦與人通姦之罪，對於有婦之夫與人通姦者，不加處罰，殊背男女平等之旨。新刑法改爲有配偶而與人通姦者，一律處罰。同時並規定配偶縱容或宥恕者，不得告訴，藉維家庭之和平。

三十三、舊刑法對於和誘略誘，同一處罰，似嫌輕重失衡。且僅以脫離享有親權之人監護人或保佐人爲限，範圍亦覺太狹。新刑法處罰略誘，較和誘爲重，並擴充其範圍爲脫離一切有監督權之人，較爲得當。

三十四、和誘有夫之婦，破壞家庭組織，舊刑法無處罰明文，新刑法增定之。

三十五、和誘未滿十六歲之男女，情殊可惡，舊刑法未加分別規定。新刑法則規定以略誘論，處以較重之刑。

三十六、犯和誘略誘罪，於裁判宣告前送回被誘人或指明被誘人之所在地，因而尋獲者，於被害人利益極大，實有獎勵之必要。故新刑法增設得減輕其刑之規定，而舊刑法無之。

三十七、意圖損害他人而妨害其農事上水利者。不獨侵害個人法益，且影響農村經濟尤大。舊刑法未設明文，故新刑法增設處罰之規定。

三十八、就商品之原產國或品質爲虛偽之標記者，以僞亂真，毀壞商業信用。舊刑法未加規定，新刑法亦增定處罰之明文。

三十九、舊刑法對於製造販賣鴉片嗎啡高根及安洛因等毒品，規定同一處罰。新刑法以製造販賣嗎啡高根安洛因等毒品，比較製造販賣鴉片，貽害社會，尤爲重大，故規定分別處罰之。

四十、舊刑法對於預謀殺人，以殘忍行爲殺人，及便利犯他罪或免他罪之處罰而殺人者，均特別規定其刑。新刑法以爲普通殺人罪，既可處至死刑，如犯罪之手段及其他情形極其可惡，司法官自可審酌一切，判處極刑，毋庸另爲規定，故將舊刑法第二百八十四條及二百

八十五條刪去。

四十一、舊刑法對於產母殺其子女者，以私生子爲限，始得較普通殺人罪減輕處罰。新刑法以爲母子天性相愛，苟非名譽攸關，經濟壓迫，或其他必不得已之情形，焉肯置諸死地，故規定不以私生子爲限。

四十二、人民健康與否，關係種族強弱，凡傳染花柳病於人，或凌虐幼童，或使人纏足，或以其他方法妨害兒童身體之自然發育者，舊刑法均無處罰之規定，新刑法特明定之。

四十三、舊刑法僅對於使人爲奴隸者處罰，但事實上往往有名義上雖非奴隸，而其不自由之地位，與奴隸相類似，如江湖賣藝之幼童，及鴇婦蓄養之娼妓等皆是。凡使人居此種地位者，不可不加以處罰，故新刑法增定之。

四十四、舊刑法第三百十五條，係規定妨害婦女自由罪，較諸舊刑法第二百五十七條，一面妨害自由，一面妨害監督權情形爲輕，而處罰反重，殊嫌失當。故新刑法修正之。

四十五、舊刑法對於竊佔不動產之處罰，無明文規定。新刑法特增設一項於竊盜罪章內

，以便適用竊盜罪之處罰。

四十六、犯強盜罪海盜罪而又擄人勒贖，情節至爲重大。舊刑法未設處罰之規定，新刑法特增定之，處以極刑。

新刑法總論

本論

第一編 法例

第一章 刑法制度之主義

關於刑法制度之主義有三種，即擅斷主義，法定主義，及折衷主義是也。分述如次：

一、擅斷主義 上古之世，草昧初啓，人事極簡，法律未備，即有訟爭，大率因事制宜，不預作法，其屬擅斷主義無疑矣。擅斷主義者，即任官吏自由定罪與刑之之制度也。罪之有無，刑之輕重，一任官吏之意思自由斷定，有無限之伸縮力，如官吏得人，依此主義，則可會應社之情狀及犯人之性質，適宜定其罪刑，有審判衡平之利。然官吏不得其人，則曲庇罪人，陷害無辜，其弊亦不堪設想。不寧惟是，因官吏見解之不同，必處罰之歧異，使人民

對於刑罰以爲有幸有不幸，易啓傑黠者徼倖嘗試之心。故此主義，在今日已成陳迹，更無採用之價值矣。

二、法定主義 此主義又名絕對法定主義，即以法律預定犯罪之成立條件，與其應科刑罰之程度，悉由法規明定，審判官非根據法律條文，不得加人以罰，故絕無自由裁量之餘地也。依此主義，人民既得皇皇大法以資遵守，審判官亦不能枉法文而下判決，固無擅斷主義所列流弊。然社會情狀，千差萬別，罪刑固定，審判官又絕無裁量斟酌之餘地，欲應其所犯情狀，科以適當之刑，詎可得乎？故此主義，自一七九一年法國憲法公布以來，雖盛行一時，各國法典，無不奉爲不易之原則，然最近各國刑事立法例，已有變遷，不復採用此主義矣。

三、折衷主義 此主義又名相對法定主義，即罪刑預以法律規定，而於一定範圍之內，許審判官自由裁量之主義也。換言之，即參合擅斷主義及絕對法定主義而折衷之制度也。依此主義，既不致如擅斷主義，有審判專橫之弊，亦不致如絕對法定主義，有不能應情科刑之

缺點。故最近各國刑事立法例，皆採用之。我國新刑法亦然，於第一條以明文規定曰：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。」又於分則中，規定處若干年以上若干年以下有期徒刑，或處若干元以下罰金等語，蓋卽採用折衷主義之明證也。

第二章 刑法之淵源

無刑法則無犯罪，無犯罪則無刑罰，此罪刑法定主義之原則也。近代各國刑法，莫不奉爲圭臬。如法國刑法第四條，比利時刑法第二條，暹羅刑法第七條，荷蘭刑法第一條，德奧刑法草案第一條，皆規定「法律無正條者，無論任何行爲，不得處罰」之明文，卽其例也。我國新刑法第一條，亦規定「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。」可知制定犯罪及刑罰之法，必以成文法之形式爲之。而刑法應以成文法律爲淵源，益無可疑。茲舉堪爲我國刑法淵源之成文法如左：

一、法律 所謂法律者，卽成文法也，亦卽狹義的法律，卽經立法院議決國民政府公布

施行者也。故刑法之淵源，以成文法爲限，而習慣法不與焉，此刑法與民法不同之點。

二、規則 所謂規則，專指執行規則及委任規則而言，非泛指一切之規則也。立法程序第二條第一項曰：「國民政府爲執行法律，或基於法律之委任，得制定施行法律之規則。」故法律而外，此項規則，當然得爲刑法之淵源。惟此項規則之範圍，不得與其他法律牴觸，且不得及於必要事項以外耳。

除上述法律規則之外，尚有判例、條約、學說三種。是否得爲刑法之淵源？學說不一。以吾人所信，判例，祇得對於特定事件，有拘束下級法院之效力，且係闡明既存法規之內容，乃爲適用法律，並非制定法律，故不得爲刑法之淵源。條約，爲國家與國家間所締結之國際契約，僅能拘束各締約國之自身，人民無服從之義務，即令條約內訂有制裁之事項，亦非更經規定實行條約之法律，不生拘束國民之效力。故條約僅能謂爲刑法之材料，不得爲刑法之淵源。至於學說，不過解釋既存法規之疑義，批評法律之是非善惡，爲促成變更法條之動機，而非有法律上之效力，故亦不得爲刑法之淵源也。

第三章 刑法之解釋

法律爲文字形成之物，故遇有文字所表現之意義有疑難，或因時代之嬗遞而有變更時，則不可不藉解釋以確定之。此不僅刑法爲然，各種法律皆如是也。茲就解釋刑法之方法及其效力，分述如次：

第一 解釋之方法

解釋刑法之方法，可分文理解釋與論理解釋言之。文理解釋云者，卽就其條文中之意義而爲解釋是也。其立法時之用意若何，可以不問。論理解釋云者，卽就其立法之旨趣以及其前後條文相同或相異之規定，依據論理，以闡明法律之真意者也。

文理解釋與論理解釋，一則以條文之字句爲基礎，一則以論理之定則爲根據。文理解釋之結果過於狹隘，不適用於立法者之真意時，則以論理解釋擴張其範圍者，曰擴張解釋。文理解釋之結果若失於廣泛時，則以論理解釋縮小之，以圖適合立法之本意者，曰制限解釋。文

理解釋與論理解釋，二者實相依爲用，不能偏廢。而擴張解釋及制限解釋，並非獨立之解釋方法，不過文理解釋與論理解釋之補充耳。

其次尚有類推解釋與當然解釋二種。類推解釋與吾國清律之所謂比附援引相同。即對於無正條規定之行爲，依照相似條文，推比處斷之法也。例如對於某行爲，於法不能認爲犯罪，處以刑罰，而以其狀態與他法條規定有類似之處，因即比附援引，入人以罪，而加以刑罰是也。當然解釋，又名自然解釋，即所犯之罪，與法律正條同類或加甚之時，則依正條解釋而通用之也。與類推解釋相似而實不同，即我國唐律「出罪舉重以明輕，入罪舉輕以明重」之意。其解釋之法，係從法律文字之精神，而推想立法者之意思及其範圍者也。如有甲乙二事實，兩事實之性質同，而乙事實較甲事實，其理由尤爲充足，但甲事實有明文，乙事實無明文，此時乙事實可依照甲事實處斷。蓋兩者性質既同，而後者尤甚於前者，自能以處分甲事實者處分乙事實。至類推解釋，則與之有別。一、如性質不同之事實比照，二、乙事實未必更甚於甲事實，例如學校規則，教室內禁止大聲讀書，至大聲唱歌，則甚於大聲讀書，雖

無明文，當然在禁止之列。又如公園禁止牛馬通行，至駱駝之妨害，甚於牛馬，雖無明文，亦當然在禁止之列，此皆當然解釋之例也。

解釋刑法，不問爲文理解釋或論理解釋。只許爲制限解釋，不許爲擴張解釋。只許爲當然解釋，不許爲類推解釋。蓋刑法關係於吾人之生命身體自由財產至鉅，若許類推解釋，對於無正條規定之行爲，依照相似條文而任意入人以罪，則人民之權利將爲審判官意思所左右，無日不瀕於危險之境。此解釋刑法所以應從嚴格，否則易陷入於法也。是以各國立法例，對於刑事，皆不許類推解釋，卽是之故。

第二 解釋之效力

解釋刑法之效力，可分立法解釋，司法解釋，學說解釋三種言之。立法解釋者，卽立法者自己所下之解釋也。此種解釋，有附於理由內者，有記載於報告書者，有插入於法律條文中者，有以條文特定之者。其效力之大，以特定條文爲最，如新刑法第十條之規定是也。故亦曰有權解釋。司法解釋者，卽由司法院所下之解釋也。依吾國現行法令，只司法院院長有

之。凡對於法文中有疑義者，各級司法機關，皆可請求司法院院長解釋之。此種解釋，亦爲有權解釋，有拘束全國各級法院之效力。但各級法院對此別有見解，認其解釋爲不當者，亦可提出相當理由，請求司法院院長重爲解釋。惟具體案件，例不解釋，否則近於干涉審判矣。學說解釋者，即學者依學理所下之解釋也。此種解釋，僅足供立法者或司法者之參考，絕無效力可以拘束人民，不得與立法解釋司法解釋同日而語，故亦曰無權解釋。

第四章 刑法之效力

凡一種法律之頒行，皆有其效力。而其效力，有關於時者，關於地者，關於人者，即所謂法律之效力是也。刑法之效力所及，亦復如是，茲區分爲三節述之：

第一節 關於時之效力

關於時之效力云者，即刑法之效力，於何時而發生，於何時而消滅之一問題也。無論何

種法律，其效力發生之時，當以頒行後爲斷，效力之消滅，應以廢止爲準，不獨刑法爲然。刑法一經公布，人民則有遵守之義務，公布時必定明何日施行，設未屆施行之期，而有違法之事實，不能適用此刑法而處以刑罰，必於施行後之犯罪，刑法對之，乃能發生效力。新刑法第一條規定云：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限；」即採用刑法不溯既往之原則也。故刑法之制定，由頒行而生效力。未頒行以前，無效力可言。蓋刑法爲吾人行爲合法與否之準則，苟對於頒行前之行爲，得據以後之法律，任意處罰，則人民無所適從，危險孰甚。是以近代各國刑法，均採不溯及既往之原則。惟近世之學者，謂此項原則發源之始，乃由一七八九年法蘭西憲法會議之人權宣言。不知我國紀元前四百八十年以前，於春秋時代已有發明。如管子云：「令未布而罰及之，則是上妄誅也。……」（法法篇）觀此，可知吾國法律早有不溯及既往之原則，不過後來湮沒不彰耳。

依我國新刑法第一條規定，刑法以不溯既往爲原則，然解決行爲在其當時是否爲罪則然耳。若既爲罪矣，而裁判之際，法律又已變更，則變更後之法律，應收變更之利。此我國新

刑法第二條第一項前半段，所以設有例外規定，「行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律。」以爲新舊過渡時代分別適用之標準也。惟關於此問題，各國立法例及所持主義不同，茲分別論述如左：

一、從舊主義 卽不論新舊法之輕重，概從舊法。易言之，卽新法概不追溯既往行爲是也。採此主義者，現惟英國及美國數州。

二、從舊法，但新法較輕者從輕 卽新法不追溯既往行爲，但新法較輕時，則爲例外。採此主義者，如法國一八一〇年刑法施行法第六條，德國刑法第二條，又刑草第三條，比利時刑法第二條，荷蘭刑法第一條，挪威刑法第三條，西班牙刑法第二十三條，匈牙利刑法第二條，葡萄牙刑法第六條，暹羅刑法第八條，埃及刑法第十九條，智利刑法第十八條，阿根廷刑法第四十八條等。

三、從新法，但舊刑較輕者從輕 此卽新法溯及既往行爲，但舊法較輕時則爲例外。採此主義者，爲奧國刑法第八十一條及第八十二條，日本一九二七年六月十日刑法改正案第六

條，我國舊刑法第二條，及瑞士數州。

四、從新主義 卽不論新舊法之輕重，概從新法。換言之，卽新法概追溯既往行爲是也。採此主義者，爲我國暫行刑律第一條，蘇俄刑法第四條，及瑞士數州。

上述第二第三兩主義，有概名爲從輕主義者。然表面同而實際不同，法律變更遇有輕重時，刑法採第二與第三兩主義，均無區別，若其他問題，無輕重之別，或不能判別其孰輕孰重者，如文例或犯罪之定義等。則第二主義適用舊法，第三主義適用新法，此其實際之不同也。

世界各國刑法，多採第二主義。我國昔日之暫行刑律則採第四主義。然此四主義何舍何從，有不能不研究者。第一主義概從舊法，第四主義概從新法，皆趨極端，茲先論之。

第一主義概從舊法，係認爲犯人於犯罪時，已得有受當時法律裁判之權利，不能因行爲後之新法有所影響。其實人民對於國家，並無受刑之權利，况新法既頒，則已認舊法爲不合時宜，若概從舊法，豈不駢枝。故此主義已成陳說，實無可以採取之價值。

第四主義概從新法，似免第一主義之弊，而又流於相對之極端，即我國昔日暫行刑律所採用之主義也。概從新法，論者謂爲弊多利少，如新舊法輕重相等，或新法輕於舊法，其結果與第二第三主義無異。如新法重於舊法，概從新法，則流弊易生。蓋刑法追溯既往，則人民生命安全，常爲立法者所左右，今日所犯輕罪，明日將爲重罪，人民常懷疑懼，則刑法所以保護者適以危害之，是豈立法者之本意。我國自民國成立以來，已有其事實，如昔日之犯贓條例、強盜條例，現行之懲治盜匪條例，蘇省禁烟治罪條例等，是其明證。况我國近年特別法多出於一時之主張，稍嫌新法偏輕，特別法即改作死刑，尤爲世界立法例所無，其危害更不可勝言矣。西儒非議第四主義者，尤有一說，謂可藉從新法主義爲政敵深陷人罪之謀，立法者固不能不預防也。德國刑法準備草案此條之調查主任杜力加氏，嘗提議概從新法主義，而草案卒不採用，以其科犯人以事後之重刑，爲欠平允。

第二第三主義均係從輕，前北京法律館草案理由非議之曰：「若使新法重於舊法，而舊法時代之犯人，科以新法之重刑，則與舊法時代受舊法輕刑之同種犯人相較，似失其平。誠

如此說，則使新法施行之後，僅此舊法時代之同種犯人科以舊法之輕刑，彼新法時代之犯人據新法而科重刑者，若互相比較，則又失其平，」等語。然考之外國，採從輕主義者，以爲不如是不足以示公平。所謂公平者，係比較行爲在舊法施行期內，而裁判在新法施行之後，此種犯人應科新刑或科舊刑，乃爲公平。前北京法律館草案非議理由，則以行爲及裁判皆在舊法時代或皆在新法時代犯人所受之刑罰爲比較，謂失其平。不知行爲及裁判皆在舊法時代，當然受舊法裁判，行爲及裁判皆在新法時代，當然受新法裁判，無公平與不公平之問題也。前北京法律館草案理由又謂：「刑不得爲沽恩之具，故不應從輕。」然從輕主義者，因公公平非沽恩也。以此之故，各國多採從輕主義。而從輕主義，復有第二第三主義之不同，我舊刑法特採第三主義，新刑法從之，以從新主義爲原則，從輕主義爲例外。蓋新法既頒，自應收新法之效，但舊法較新法輕者從輕，以符公平之說，如是則得所折衷矣。惟舊刑法關於中間法未有規定，且僅以新舊刑法之輕重爲比較之標準，尙不足以貫徹從輕主義之精神，而嚴守法律不溯既往之原則。故新刑法第二條第二項、除規定保安處分，應絕對從新外，第二條

第一項後半段特增設中間法律之規定。如裁判前之法律較有利於行為人時，則應依行為時法或其中間法中最有利於行為人之規定處斷。且不以刑為唯一標準，即刑以外之事項，如時效消滅等，亦得比較而適用其最輕者。較之舊刑法立法更為進步。

此外若依新法不以為罪或不罰，而已依舊法科刑定罪者。除已執行完畢外，如未執行終了，依我國舊刑法則無救濟之途。夫處罰之行為，當以行為具有危險性為前提。若新法已不加禁制，更何危險性可言？即免除其未經執行完畢之刑，縱令重為同一之行為，亦無罪責可負。處罰之前提既失，行為之危險性，亦已消滅，猶復廣續執行，豈為事理之平？故新刑法第二條第三項規定曰：「處罰之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更不處罰其行為者，免其刑之執行」；此種規定，更足表示現代刑罰預防之目的與感化之本旨，深堪吾人贊同者也。

第二節 關於地之效力

關於地之效力云者，卽刑法效力之及於土地範圍如何也。茲將關於本問題之主義，及刑法上之所謂領域，分述如次：

第一 關於本問題之主義

一、屬人主義 屬人主義者，卽刑法之效力，僅能支配自國人民之犯罪也。如犯罪人爲本國人民，不問犯罪地在國內或國外，一律適用本國刑法。如犯罪人爲外國人，雖犯罪在國內，亦不得適用本國之刑法。

二、屬地主義 屬地主義者，卽刑法之效力，專以國家領域爲範圍也。卽凡在境域內之人民犯罪者，不問其人之國籍如何，均適用本國刑法。而在國外犯罪者，卽係本國人，亦不受本國刑法之支配。

三、保護主義 保護主義者，卽不論犯罪地之在國內或國外，亦不論犯罪者爲內國人或外國人，凡對於本國或本國人民有妨害者，悉處罰之。易言之，刑法之規定，乃爲保護本國或本國人民之法益而設者也。

四、世界主義 世界主義者，謂犯罪爲侵害各國共同利益之行爲，故不問在何國犯罪，亦不問犯罪人爲何國人，凡遇有犯罪，無論何國，皆得適用其國之刑法以處罰之。易言之，卽各國刑法之效力均能及之也。

五、折衷主義 折衷主義者，以屬地主義爲原則，而兼採各種主義者也。卽對於在國內犯罪者，不問犯罪人之國籍如何，採屬地主義，皆適用本國刑法。對於本國人民在外國犯罪，以重大犯罪爲限，採屬人主義，亦適用本國刑法。對於外國人在外國犯重大之罪，有妨害本國存立及本國人民之利益者，限於維持內國秩序必要範圍內，採保護主義，得依本國刑法以處罰之。關於世界共同利益，如國際商業，貨幣流通，海盜，奴隸等罪，則採世界主義，國內刑法之效力，亦得及之也。

右述五主義中，惟折衷主義，兼有數主義之長，能完刑法之任務。蓋屬人主義，不得處罰內國之外國人，反於領土主權之觀念。屬地主義，失於狹隘，不足維持本國之法律秩序。保護主義，雖較完善，亦有缺點。世界主義，過於廣泛，實行不易。歐洲封建時代，則多採

用屬地主義。羅馬法不適用於外國人民，即採用屬人主義也。斯二種主義，各有缺點，已如上述。故現代大多數國家，均採用折衷主義。我國新刑法，亦係採用此主義而為規定者也。茲舉於左：

新刑法第三條 本法於在中華民國領域內犯罪者適用之、在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論；

本條之規定，即係採用屬地主義者，亦即保全本國主權之效力完全及於國內也。至在中華民國領域以外，則除無主地外，完全為外國領域，即非我國主權之所能及，不能受中華民國刑法之支配。但既在中華民國之船艦或航空機以內犯罪者亦不妨視作中華民國之領域，適用中華民國之刑法。

新刑法第五條 本法於凡在中華民國領域外，犯左列各罪者適用之：

- 一、內亂罪；
- 二、外患罪；

三、偽造貨幣罪；

四、第二百零一條及第二百零二條之偽造有價證券罪；

五、第二百十一條第二百十四條第二百十六條及第二百十八條之偽造文書印文罪；

六、第二百九十六條之妨害自由罪；

七、第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪；

本條第一款至第五款之規定，即係採用保護主義，所以保國家之生存信用財政經濟等。

第六款及第七款之規定，則更採世界主義者也。

新刑法第六條 本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者適用之：

一、第一百二十一條至第一百二十三條第一百二十五條第一百二十六條第一百二十九

條第一百三十一條第一百三十二條及第一百三十四條之瀆職罪；

二、第一百六十一條之脫逃罪；

三、第二百十三條之偽造文書罪；

四、第三百三十六條第一項之侵占罪；

本條之規定，即係採用屬人主義，其主旨在懲罰中華民國之公務員。但所謂公務員，不問爲中華民國人，抑爲非中華民國國籍之外國人，皆在其內。蓋以本條各款之犯罪，有損於吾中華民國之公務，致影響及於吾中華民國之治安信用等至鉅。故雖犯罪在中華民國領域以外，亦須適用中華民國刑法處罰之也。

新刑法第七條 本法於中華民國人民在中華民國領域外，犯前二條（即第五條第六條）以外之罪，而其最輕本刑爲三年以上有期徒刑者適用之，但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。

本條之規定，亦係採用屬人主義者。不問被害人爲本國人或外國人，只須在國外所犯爲第六條第七條以外之罪，而其最輕本刑爲三年以上有期徒刑之罪，除犯罪地之法律不罰外，亦應適用中華民國刑法處罰之。至如何實行審判，或能否達到處罰之目的，乃係事實問題，不能因事實而廢棄法律也。

新刑法第八條 前條之規定，於在中華民國領域外，對於中華民國人民犯罪之外國人準用之；

本條之規定，亦係採用保護主義者。所以保護本國人民之法益，俾免為外人蹂躪也。但仍須所犯為第六條第七條以外之罪而其最經本刑為三年以上有期徒刑之罪，方可準用。

新刑法第九條 同一行為，雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷，但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行；

本條之規定，係謂一事不再理之原則，乃指處於同一刑罰權下之同一事實而言。中國對於外國裁判，祇能認為一種事實，不能與中國裁判同視，故仍得再予處斷。惟犯人在外國已受刑之執行，如揆其罪情確尚相當，或已能改悔，毋虞再犯者。本於道義上原由，亦不忍使受重罰，故但書又規定得免予執行刑之全部或一部。此與暫行刑律第六條，舊刑法第八條，日本刑法及其改正案第五條之規定相同。惟對於外國之裁判，不予承認，不妨更加犯罪人以制裁，此以國家主義的法律思想為中心，在主權的立場上，實所當然。第近代國際主義的法

律思想，日漸發展，對於外國之刑事裁判，漸有予以承認之傾向。故本條之規定有無必要，實不無斟酌之餘地也。

第二 刑法上之領域

刑法上之領域者，即刑法效力所及之地域也。與地理圖書所示之民國領域內不同。地理圖書所示之領域狹，刑法上所稱之領域廣。故刑法上所稱之領域，實包含領土、領水、船艦、領空、航空機、無主區域、及軍隊占領地治外法權地等而言之也。茲分述之：

一、領土 領土者，即中華民國版圖內之土地也。凡領土內，均當適用中華民國刑法。惟蒙古青海，以其具有特殊情形，則適用理藩院則例及番款條例，是其例外。

二、領水 領水者，除國內江河湖三種外，即洋與海，苟在沿岸三海里以內者亦屬之。洋與海，本為萬國所公有，無論何國，不得據為私有。特其沿岸之部分，與沿岸國實有密切之關係，未便放棄之為萬國所公有，因將離岸三里之海面，劃入海岸國所有，即謂之為領海。

三、船艦 本國船艦，亦視為本國之領域，此為國際法所公認。惟船艦，有國有船艦私有船艦之分，國有船艦，如軍艦郵船及戰時之運送船等，均視為中華民國領域之一部。即令停泊於外國領水以內亦然。對於軍艦內之犯罪，不適用碇泊地之法律。惟軍艦對於碇泊地有擾亂治安之行爲時，則其國能行使防禦權。然亦非行使刑罰權也。私有船艦，如商船等是。以不在外國領水內者爲限，方可視為中華民國領域之一部。惟新刑法第三條之規定，既無公私船之區別，則應解爲商船在中華民國領域外，果有犯罪事實發生，一方服從駐在國刑法，一方仍得適用本國刑法之處罰也。

四、領空 領空者，領土領水之上部空間也。自科學昌明，航空事業發達，領空亦成重要問題。於是於領土及領水外，更多一領空。凡天空之中，苟其下之土地，爲中華民國之領土者，則其天空，亦卽爲中華民國所有。是謂之爲領空。如在此領空中有犯罪事實發生，視為在領土上犯罪無異，應適用中華民國刑法處斷。

五、航空機 行使水面者爲船艦，行使空間者則爲航空機。航空機與船艦無異，亦視為

中華民國領域之一部。故在中華民國領域外航空機內犯罪者，亦適用中華民國刑法處罰。

六、無主區域 不屬於任何國家之公海及無主荒島或非洲內地等區域內之犯罪，無論何國，均得行使其裁判權，適用各本國刑法。

七、軍隊占領地 本國軍隊，於戰時占領敵國之領域者，對於該占領地之犯罪，適用中華民國刑法處罰。蓋非此，不足以維持占領地之安全也。

八、治外法權地 本國之大使及公使等，依國際上通例，均有治外法權。故中華民國之大使館及公使館，雖在外國領土內，而館內發生犯罪，仍適用本國刑法處罰，不服從駐在國之法律。與在中華民國船艦內犯罪者，固無以異也。

以上所述，均為刑法上之領域。凡在領域內犯罪者，認為國內之犯罪，應適用本國之刑法處罰，固無問題。但如犯罪跨兩國之領域而成立者，應適用何國之刑法乎？關於此問題，自來有三主義；一、行為主義；即其人在何國領域內為犯罪行為者，即以其行為之地為犯罪地，適用何國之刑法。二、結果主義；即其犯罪之結果在何國領域者，即以其結果之地為犯

罪地，適用何國之刑法。三、折衷主義；卽不問其爲犯罪之行爲或犯罪之結果，只須行爲與結果有一在其國領域內者，卽可適用其國之刑法處斷。我國新刑法第四條，卽係採用折衷主義而爲規定者。其條文曰：「犯罪之行爲或結果有一在中華民國領域內者，爲在中華民國領域內犯罪。」係認行爲與結果，併爲犯罪成立之要件也。

第三節 關於人之效力

關於人之效力云者，卽刑法之效力及於如何之人是也。就原則言之，一國之刑法，其效力應普及於其國領域以內之人。故於刑法上責任問題，不得以身分而有所區別。卽住居於國內之外國人，亦應服從本國之法權，不能有所歧異。此刑法對於人之效力，實無限制之必要也。雖然，近世各國立法通例，亦有爲刑法之效力所不能及者，其例外也。茲舉於左：

一、由於國內法關係，不受刑法之支配者 由於國內法關係，卽根據憲法之規定，對於國會議員之特定行爲，雖觸犯刑法，不負刑事上責任。依我國舊約法第二十五條，參議員議

員，於院內之言論及表決，對於院外不負責任之規定。故如刑法上之侮辱罪及誹謗罪，如在議院發言，不能認爲成立各該條之犯罪，而科以刑罰也。至於國家之元首，因其國體之不同，於刑法上所負之責任亦異。各君主國家之元首，在刑法上爲絕對無責任；民主國家之元首，其於訴訟程序或稍有差異，在刑法上之責任，蓋與人民相同也。

二、由於國際上慣例，不受刑法之支配者 依國際上慣例，不受本國刑法之支配者，計有下列數種：（一）外國君主大總統，及其家屬，與非內國人之從者。（二）既經承認之外國使節，及此等人之家屬，與非內國人之從者。（三）領事。（四）既經承認來至國內之外國軍隊及軍艦等。因此等人皆享有治外法權，則凡有犯罪者，駐在國即不得以刑法加之。

三、由於特別條約，不受刑法之支配者 此即締結有領事裁判權條約之外國人民是也。此等人民，非至領事裁判權撤回之日止，不受駐在國刑法之支配。夫各國法律之效力，皆有強制外人服從之性質。駐在本國之外國人，不服從本國之法律。則是本國主權，已有缺陷。昔時各國對於日本暹羅及我國，均有領事裁判權。日本暹羅，久已撤回，所餘者祇有我國而

已。我國自清道光二十二年與英人訂立中英南京條約以來，各國繼起，爭相效尤，迄今近九十年。無日不在國權凌夷，隱忍屈服之下。辛亥以後，法權收回之聲，奮起於國內，遂致引起友邦人士之注意，故有一九二一年十二月十日太平洋會議之議決案。除德俄兩國在我國之領事裁判權，業已撤回外，其餘英日等國之有領事裁判權如故。國民政府成立，亟亟於新法律之制定，不數年間燦然法典，已告大備。曾宣告自十九年一月一日起，收回法權。旋因種種關係，未能實現。至二十年五月四日，又公布管轄在華外國人實施條例十二條，定自二十一年一月一日起施行，復因各地災害迭乘，所有應行籌備事項，尚未就緒，故又於同年十二月二十九日，以國民政府命令，暫緩施行。是以領事裁判權之撤除，尚有待於國人之努力。

第四節 關於國際間之共助

刑法之效力，如前所述，原則上祇能及於本國領域以內。若遇應受本國刑法支配之人滯

在外國或逃往外國時，則事實上不能受本國刑法之支配矣。此為各國所共有之缺憾。而我新刑法採用折衷主義，所規定之第三條第五條第六條第七條第八條等，亦將等於虛設。於是不得不適用國際上通例，共圖補救之法。其法為何？即犯罪人移交是也。（移交，一稱爲引渡）犯罪人移交者，即犯罪人在甲國犯罪，逃亡乙國，甲國對於乙國，請求移交，而乙國應其請求之謂也。此本屬於刑事訴訟上之國際共助問題，原與刑法之效力無涉。故茲僅就國際間移交犯罪之種類述之：

何種犯罪？始須移交，各國皆無一定之原則，大率須締結犯罪人引渡條約，於條約中明瞭規定。我國與外國，無引渡專約之規定，僅偶見於通商條約之中耳。惟徵諸各國之條約及法令，移交犯罪，亦非漫無限制。其限制辦法，雖各國微有不同，但不外下列各項通例。

(一) 犯罪須無政治上之目的，方得移交。(二) 犯罪人須非本國人民，方得移交，但有相互移交之條約者，不在此限。(三) 須重大之犯罪，並限於兩國之法律均以爲罪者，方得移交。(四) 須爲請求國所管轄之犯罪，方得移交。(五) 所請求移交之犯罪人，須移交條約中所定之

罪，方得移交。(六)須未經過時效之犯罪，方得移交。(七)奴隸不得請求移交。(八)移交後，祇能就請求時所指定之犯罪而為裁判，不得越出範圍，此其概略也。

第五章 刑法之用語

刑法上之用語，其意義若何？若不確定其範圍，預為立法解釋，則適用之時，頗滋疑義。就各國刑法以觀，其中規定解釋法文用語之最詳晰者，莫過於一九〇八年之暹羅刑法，為數達二十四款。其次如一九二七年之德國刑法草案，為數亦達十款。我國昔日之暫行刑律，對於議會選舉僧道等，亦有明文規定。舊刑法未予擴充，已嫌過於簡略。今新刑法又將文例一章刪除，將解釋法文用語併定於法例章中，僅於第十條規定四項，更為簡略。夫解釋法文用語，規定過簡。適用時感覺模稜，必致發生困難。且我國教育尚未普及，人民智識有限，對法文用語，苟非詳晰闡明，不易明瞭。刑法關係民權，與其失之疏略，使其不教而誅之憾。寧可不厭求詳，以維明刑弼教之道。試就刑法分則各條用語研究，如公然與強暴之意義，

敵國之範圍，暴行與凌虐之界限，良家婦女之標準，他如甫生產後，無自救力人，義憤，兇器，重利等，意義若何？均有待於司法解釋補充者也。茲就新刑法第十條規定法文用語之解釋，分述如次：

第一 以上以下以內之意義

新刑法第十條第一項云：「稱以上以下以內者，俱連本數或本刑計算；」此即規定刑法中所稱以上以下以內之範圍，俾免疑義也。例如分則編第一百條第二項，處六月以上五年以下有期徒刑，則最長期可處五年，最短期可處六月。又如總則編第三十三條第五款，罰金為一元以上，分則各本條有一萬元七千元五千元三千元二千元一千元五百元三百元一百元以下之罰金，則最多額可處一萬元，七千元，五千元，三千元，二千元，一千元，五百元，三百元，一百元；最少額可處一元。又如總則編第七十四條，前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後五年以內，則五年亦在其內也。至連本刑計算者，則用為單有刑名者之計算標準，例如稱有期徒刑以上，則有期徒刑在內，稱拘役以上之刑，拘役在內是。蓋其指定之若

千月，若干年，若干元，某某刑之本數，皆在法定範圍之內，是以應連計算之也。

第二 公務員之意義

新刑法第十條第二項云：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員；」此即規定刑法中所稱公務員之範圍也。所謂依法令者，依據法律命令所規定者之謂，如任命委託選舉囑託之類皆是。所謂公務者，屬於國家統治機關或公共團體事務之謂。其事務之性質，均依其主體如何，以爲公務與非公務之區別。如教育事業，其主體爲國立之學校，則其事務爲公務，若私立之學校，則爲非公務。又如會計師律師，雖亦依國家法令受國家之監督而執行其職務，然因其事務之主體爲檢查清算或爲代理辯護，乃係關於個人之業務，亦非公務。總之公務員，以依據法令與從事公務二條件爲要，不問其爲職官吏員議員委員及職員，要均以實際從事於公務之人，且所從事之公務，非僅基於國民義務者，始得稱爲公務員也。如係基於國民義務執行一定事務者，仍不得謂爲公務員。〔註〕故刑法上所稱之公務員，與行政法上所稱之公務員有別，如行政各機關之諮議參議等，僅備諮詢，而實際上無固定之職務者，卽不能以

刑法上之公務員論矣。

【註】 刑法所稱公務員，必所從事者爲公務，且從事於公務非僅基於國民義務者始克當之。如係基於國民義務執行一定事務者，則不得謂爲公務員。充當團丁，係由每鄉輪派，自屬基於國民義務，執行團丁之事務，顯非刑法上所稱之公務員。（二十年最高法院上字第八九五號判例）

第二 公文書之意義

新刑法第十條第三項云：「稱公文書者，謂公務員職務上制作之文書，」此即規定刑法中所稱公文書之範圍也。依此規定，故公文書須具備（一）以公務員身分。（二）依職務而制作之二要件。二者缺一，即不得以公文書論。如會計師律師所制作之文書，雖亦有公務之性質，因其非公務員，故其制作之文書，不得謂爲公文書。又如公務員與私人交際之函件，雖出於公務員之所爲，因其非職務上所制作，且無關公務，自亦不得謂爲公文書也。

第四 重傷之意義

本論 第一編 法例 第五章 刑法之用語

新刑法第十條第四項云：「稱重傷者，謂左列傷害；」

- 一、毀敗一目或二目之視能；
- 二、毀敗一耳或二耳之聽能；
- 三、毀敗語能味能或嗅能；
- 四、毀敗一肢以上之機能；
- 五、毀敗生殖之機能；
- 六、其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害；

本條係規定重傷之範圍，以別於普通傷害，易言之，即非本條所列舉之各種傷害，皆以普通傷害論也。按我國舊律，分傷、折傷、篤疾、廢疾四級，謂瞎兩目，折兩肢，爲篤疾。瞎一目，折一肢，爲廢疾。暫行刑律，則分篤疾、廢疾、輕微傷三級，而以毀敗與減衰，爲篤疾與廢疾之界限。舊刑法改爲傷害及重傷二種，不設篤疾廢疾之區別。新刑法因之，略有增刪。蓋損害而至重傷者，顯而易見，故法律預定其範圍，處以較重之刑。其餘傷害，則由

司法官臨時斟酌輕重科斷之耳。

考各國立法例，有分析傷害至四種三種二種不等，有不分種類，只用傷害二字包括輕重者，亦有以日數爲標準者。我新刑法關於此條，既無舊律之過於細密，亦嫌無分別之過於概括，故折衷各國立法例而爲規定，可謂善於取舍者矣。

本條第一第二第三第四等款，以毀敗視能聽能語能味能嗅能機能爲重傷。能者何？卽其作用之謂，所謂機能是也。例如目能視，耳能聽，口能言，舌能味，鼻能嗅，四肢能動作，皆爲身體之機能。與其對待者，爲物質，卽耳目口舌鼻四肢是也。毀敗云者，指全部喪失其效用而言。故如損其物質，而使其全部喪失效用，固爲毀敗。卽物質存在，苟其效用全部喪失，亦爲重傷也。

本條第五款，一毀敗生殖之機能；「舊刑法稱爲毀敗陰陽，指傷害男女之生殖器，使男女生殖機能之效用全部喪失者而言。卽凡使不能遂男女之情慾，或絕其生殖力者，無論物質之存在與否，皆爲毀敗生殖之機能也。」

本條第六款，「其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害；」指毀傷他人身體一部或數部，或使他人精神上或臟腹內，受有重大不治或難治之疾病，不能恢復未傷害前身體或健康原有之狀態者而言。舊刑法第二十條，尚有一變更容貌，且有重大不治之傷害」一款，認為重傷之一種。新刑法刪之，併定於本款中。蓋視容貌為身體之一部，遇有變更他人容貌，有重大不治或難治之傷害者，自可適用本款處斷也。惟本款傷害他人之身體或健康，而附以重大不治或難治，似覺漫無標準。試申論之：

夫對於他人身體或健康之傷害，是否重大不治或難治？須視醫者之技術如何？受傷者之療養如何為斷。初無一定之原則。設醫治不得其法，療養不合其宜，即普通之傷害，亦不免難於治療。且醫藥之能否迅速奏功，與被害人之體力，亦互為因果。如強壯之人，偶受輕微傷害，不難速痊，而羸弱之人，即不免罹為重病。將來論罪科刑之際，苟無所準據，勢不免彼此紛歧，同罪異罰。溯前清刑律，對於重傷之判定，訂有保辜期間，現則廢止已久。今重傷之範圍，附有重大不治或難治之傷害，即使恢復舊制，據為標準。然恐單就時日上加以限

定，亦難期適應事實，臻於公平也。無已，司法官祇有依鑑定人之鑑定，爲其判斷之標準耳。

尤有言者，我新刑法對於重傷與普通傷害，於分則編內分別定其刑度。而依德國刑法草案第二六〇條，則以之爲加重之條件。論其結果，固殊途而同歸，然適用上則顯有不同。例如犯重傷罪，情節堪以憫恕，應予減輕者。若法律上定爲加重條件，或可彼此互相抵銷，否則卽須就法定刑而減輕之。法定刑加重於無形，而減輕則反成顯著之事實，此中得失，實至顯明。是德國刑法草案立法例，亦不無採用之餘地者也！

第六章 刑法總則適用之範圍

刑法者，刑事之普通法也。因其爲刑事之普通法，是故其他刑罰法令無特別規定時，常以刑法總則補充適用。我新刑法第十一條云：「本法總則與其他法令，有刑罰之規定者，亦適用之，但其他法令有特別規定者，不在此限；」依此規定，是刑法總則中所規定之一般要

件，除爲刑法分則所適用外，尙能適用於其他法令中之定有刑罰者。所謂其他法令中之定有刑罰者，如陸海空軍刑法、懲治盜匪暫行條例、出版法、公司法、保險法、票據法、交易所法、工廠法等皆是。惟是其他法令中有反對之規定，即指明不適用刑法總則減輕加重累犯共犯數罪併罰之規定者，則不適用。例如出版法第四十二條：「本法所定各罪，不適用刑法累犯及併合論罪之規定；」自不適用刑法總則第四十七條及第五十條之規定。又如出版法第四十三條，既規定該法所定各罪之起訴權，逾一年而不使行者，因時效而消滅，自不適用刑法總則之第八十條，是皆所謂反對之規定也。

第二編 犯罪

第一章 犯罪之意義

犯罪有廣狹二義，廣義之犯罪，凡未滿十四歲人及心神喪失人因故意或過失所爲違反社

會秩序之行爲，皆包含之。狹義之犯罪，單指有責任能力人因故意或過失而爲刑罰法令中所列舉之不法行爲者而言。僅違反社會秩序之行爲，未可盡目爲犯罪。本編所述之犯罪，以狹義爲限。若廣義之犯罪，則屬於刑事政策研究之範圍也。茲就狹義之犯罪，分析說明其意義如次：

一、犯罪者，行爲也 惟曰行爲，故須有外部身體之動靜。其僅有意思而無行爲，或單屬精神作用者，不得謂爲犯罪。

二、犯罪者，人之行爲也 非人之行爲，而爲偶然發生之事實或生物之動作，如天災獸畜之類，雖於人類社會，予以危害，既非人之行爲，即無所用其刑罰，自不謂爲犯罪。

三、犯罪者，有責任行爲也 犯罪行爲，須有犯意，即其行爲須出於故意或過失，且有責任能力者，而其行爲始得歸其人之責任。故如幼年人心神喪失人之行爲，以及非出於故意或過失者，均不得謂爲犯罪。

四、犯罪者，不法行爲也 不法行爲云者，即非法規所許之行爲也。故非違犯刑罰法令

中禁止或命令之行爲，亦不得謂爲犯罪。

以上四者具備，方可稱爲刑法上之犯罪，而加以處罰。惟於此尚有應說明者，**民法**上亦有不法行爲，與此狹義犯罪之意義，似同而實異。蓋民法上之不法行爲，固有同時爲犯罪行爲者。例如故意損壞他人之所有物，在民法上認爲不法行爲，應負損害賠償之責。而在刑法上亦認此爲不法行爲，應以損壞罪論是。然亦有民法上之不法行爲不爲罪，及雖非民法上之不法行爲而成立犯罪者。例如因過失損壞他人之所有物，在民法上應負賠償之責，而在刑法上則不以爲罪。又如買賣行爲，本屬適法，而爲民法上之所許可。但販賣軍械及販賣人口等物，在民法上並非不法行爲，而在刑法上則構成犯罪是。

第二章 犯罪之主體

犯罪之主體云者，卽有爲犯罪之資格者也。在昔刑罰思想幼稚時代，動植物或其他之無生物，皆可爲犯罪之主體。如古代希臘羅馬，對於牛馬傷人，須以傷害罪處以刑罰。又如歐

溯宗教時代，凡昆蟲嚙祭神之菓品者，亦須受法庭裁判，卽其證也。近代刑法觀念則反是，蓋以國家論罪科刑，當以能發生刑法上之效果爲前提。凡人以外之動植物或無生物，雖有侵害吾人利益之結果，決非刑法所能制裁，故非人不得爲犯罪之主體。

惟人有自然人與法人之別，自然人在一定條件之下，得爲犯罪之主體，固無庸疑。至法人是否得爲犯罪之主體，則不可不加以研究。蓋人之意義，在法律上與生物學上不同。以生物學言之，凡圓顛方趾者，一律謂之爲人，此外皆非人也。而以法律言之，則凡其能力可以享受權利負義務，得爲權利義務之主體者，悉謂之爲人。故於自然人外，更有法人之存在。法人者，謂本非人類，而在法律上賦予以人格，使之得爲權利義務之主體，同於自然人，故曰法人。申言之，卽人類之團體或物之集合體，法律上擬制之爲人也。然既稱曰人，可以爲權利義務之主體，則對於刑事，當然亦負有相當之責任。但法人究與自然人不同，自然人可加以刑罰，對於法人，卽不可能。且法人究非能自行犯罪者，其爲犯罪之行爲，亦由自然人爲之。例如有公司於此，曾經依法登記，固已取得法人之資格，得爲權利義務之主體者也。一

且忽以與他公司競爭營業之故，或仿造他人之商標，或散布文字圖畫以誹謗他人之名譽或信用，此實犯罪行為也。依新刑法第二百五十三條或第三百十條之規定，即應處以相當之刑罰。然對於公司，將如何處罰乎？即曰可處以罰金，然若罰金不完納者，又將如何？依新刑法第四十二條第一項，則應易服勞役。然對於法人，又如何使其服勞役乎？且爲此犯罪行為者，名爲法人，實亦出於自然人，法人自身，不能仿造他人之商標，或散布文字圖畫以誹謗他人之名譽或信用也。故不如罰其自然人，較易於執行。惟關於此問題，久爲學者所聚訟，或採法人擬制說之消極論，或採法人實在說之積極論。各國立法例，多採前者，北美諸洲，則採後者。（參照紐約刑法第十三條，加里弗里亞刑法第二十六條第一款）我國新刑法無處罰法人之明文，是原則上，不認法人有犯罪能力，亦即不認法人得爲犯罪之主體。故法人有時之得爲犯罪主體，實例外也。（參照前大理院統字第一八四號解釋）然則得爲犯罪之主體者，僅限於自然人，已成爲刑法上之定則矣。

第三章 犯罪之客體

犯罪之客體，有二種意義，卽被害法益與被害者是也。茲分述如次：

一、被害法益 被害法益者，卽被犯罪人所侵害之利益也。蓋法律於吾人所有利益之正當者保護之，不正當者則排除之，故依法律所保護之利益曰法益。其法益之種類若何？則非所問。祇依刑法所保護之一切利益，如生命、身體、自由、財產、名譽、貞操、信用、風俗、秩序、胎兒、無主物等，均得爲犯罪之客體。其各罪之法益如何？須依犯罪性質而定。而被害法益，有國家法益，社會法益，個人法益之分，又有專屬法益與非專屬法益之別。前者在區別公益與私益，後者則在便於計算法益之個數。例如一刀殺死二人，人各有生命，故被害之法益爲二個生命，應構成二個殺人罪。此指計算專屬法益而言。若非專屬法益，則計算法益，應以監督權爲標準。例如竊取衣箱，箱中之衣物，雖爲數人所有，而其法益則爲一個財產，卽侵害一個監督權，故仍構成一個竊盜罪是。此種區別，昔時頗爲重視。自近代主觀

說與已非必要，俟後論牽連犯與連續犯時詳述之。

二、被害者 被害者何？即因犯罪而受損害之人也。其義有二，一指直接間接爲犯罪客體之國家，一指直接被侵害法益之私人。詳言之，國家法益被侵害，則國家直接爲犯罪之客體。私人法益被侵害，則私人（自然人或法人）爲犯罪之被害者，而國家則間接受其害。犯罪之被害者，不以其備犯罪主體諸條件爲必要，故如幼年人精神障礙者以及受死刑宣告之人，均得爲法益之主體，而爲犯罪之被害者也。

犯罪主體，必具備一定條件，始克負刑法上之責任。而被害者則無限制，除出生前與死亡後不能爲被害者外，無往而不可爲犯罪之被害者也。然則關於出生時期與死亡時期，在刑法上亦爲重要之問題。蓋殺胎兒，應構成墮胎罪，殺甫生嬰兒，則構成殺人罪，殺已死之人體，則構成損壞屍體罪。罪名既有不同，刑罰規定亦異。若不悉何爲出生？何爲死亡？則此種界限，烏從分辨。關於出生之時期，約有六說：（一）爲陣痛說，（二）爲一部分娩說，（三）爲全部分娩說，（四）爲生聲說，（五）爲斷臍帶說，（六）爲獨立呼吸說。惟獨立呼吸說較爲確

當，爲多數立法例所採用，據以定胎兒與嬰兒之分界點。關於死亡之時期，亦有三說：（一）爲心臟鼓動停止說，（二）爲六脈斷絕說，（三）爲呼吸絕止說。最近法醫學者，大率以呼吸絕止說，爲確定死亡時期之標準。

以被害法益爲犯罪之客體，與夫以被害者爲犯罪之客體，不過爲用語之爭執，非是非之問題。然二者混用，又恐思想錯雜，故吾人採通說，以犯罪客體爲法益，以被害者爲法益之主體。有犯罪必有客體，不必要一定之被害者。例如公然猥褻罪，風俗爲犯罪之客體，無特別之被害者。而竊盜罪，其客體爲他人之財物，其被害者則爲其財物之所有者或占有者。又如殺人罪，以生命爲客體，以被殺之人爲被害者是也。

第四章 犯罪之要素

凡百事物，必具有構成之要素。如人類以五官四肢爲要素，禽類以二足二羽，獸類以四足及毛爲其要素。無論何種事物皆然，犯罪之事實，亦何獨不然。故有一犯罪事實，必有促

其發生者，又必有受其侵害者。促其發生，必有犯罪之行爲，而行爲又必在主觀上有責任，客觀上爲違法，尤須有處罰其行爲之法令。凡此種種，均爲構成刑法上犯罪之普通要素。至於各個犯罪，尚有各個犯罪之特別構成要素，例如殺人罪，以殺害他人生命爲要素，強盜罪以強暴脅迫取他人財物爲要素是。我國新刑法總則編所規定者，均屬構成犯罪之普通要素，而特別要素，則屬於分則編規定之範圍，容俟分則編詳述之。

第五章 犯罪之行爲

第一節 概說

行爲者，基於人類意思之身體動靜也。其主體須爲人，其動靜必基於人類一定之意思，如禽獸草木之動靜以及一切自然界現象，非基於人類發動者，不得謂之行爲。即由於人類身體動靜，而非出於一定之意思者，亦非行爲。故基於外部強制之舉動，或於熟睡夢中之舉動

固不得謂之行爲。即由於神經刺激所生之舉動，亦不得謂之行爲。但利用此等機械之動靜，及無意識之動靜者，應自負行爲之責任耳。

行爲不僅以身體之動靜爲限，即表示意思之言語文書，亦得謂之行爲。就通常言，行爲自行爲，言語自言語，二者雖不無區別。而在刑法上所謂行爲，則包括言語在內也。

在昔宗教盛行時代，往往罰及人之思想，此等誅心主義，於今日已不適用。故近代刑法上之原則，對於有意思而無行爲者，不得謂之犯罪，有行爲而無意思者，亦不得謂之犯罪。

行爲又有所爲、手段、結果之分，析述如次：

一、所爲 所爲云者，即人類意思之實施，與因其實施所生之外界影響也。易言之，即連絡行爲與其行爲所生之結果之總稱也。而一所爲，有自一行爲單獨而成立者，有自數行爲結合而成立者。前者如殺人者偶起殺意，適有槍在身，遂取槍將其人擊斃者是。後者如甲欲殺乙，乃先購刀，又恐不利，再礪其鋒，而又恐不諳其術，練習至再，始實行殺乙者是。刑法上認何種所爲、方爲犯罪，須就刑罰法令，按條文精神判斷之。例如殺人罪，殺傷行爲

爲原因，死亡爲結果，又如放火罪，放火行爲爲原因，燒燬爲結果是。故有一定意思，又有身體動靜，復有外界影響，而生因果關係者，始能成立犯罪也。

二、手段 手段云者，卽某行爲之具體的發生也。易言之，卽實施其行爲之方法也。如殺人犯，殺之行爲，乃抽象的害人生命之義，而實際爲殺人而實彈而射擊之具體行爲，方可謂爲殺人犯之手段。故手段爲實施犯罪之手術，手術爲達犯罪目的，向實際方面之動作也。其犯罪狀態有緩急之分，而刑罰亦有輕重之別。例如同一盜物，而有竊盜，有搶奪，有強盜，因手段不同，則處罰各異是也。

又手段者，連結犯意與結果之行爲，卽連鎖的行動也。故手段縱有錯誤，而其錯誤之手段，仍生預期之結果者，於犯罪成立，毫無影響。例如毒殺罪，犯罪者原欲用鎊水殺人，而誤用他藥，苟被害者仍生死亡之結果，則犯罪者仍成立毒殺罪是也。

三、結果 結果云者，卽意思活動發於外界之影響也。所謂外界，卽他人之心界或自然界也。例如侮辱他人，侮辱之結果，使被侮辱者之心界，有一種不快之感，此不快之感，卽

行侮辱之行爲，影響於被侮辱者心界之現象也。又如擦火柴而火燃，舉足而有空氣之振動，此擦火柴與舉足者之行爲，影響於自然界之現象也。就論理言，凡由某一意思活動，發於外界之一切影響，悉爲該意思活動之結果。但刑法上所稱之結果，僅以有關於犯罪成立之要件者爲限，非泛指外界一切影響所發生之結果。例如殺人罪，祇以被殺者之死亡爲結果，至於因被殺而身後蕭條，其子迫於生計，投身盜窟，事發被殺，以及發生他種聯絡之結果，則非刑法上所問也。

犯罪之成立，有以一定結果發生爲必要者，曰實質犯，又稱結果犯，如殺人罪傷害罪放火罪是。有不以結果發生爲必要者，曰形式犯，又稱舉動犯，如侮辱罪誹謗罪妨害秘密罪是也。實質犯以有結果發生爲既遂，故殺人罪必有死亡之結果，傷害罪必有傷害之結果，放火罪必有燒燬之結果，無此結果，則犯罪爲未完成。至若形式犯，以行爲者之實行完畢爲既遂，不問其有無結果之發生。故侮辱罪及誹謗罪，被害者是否有名譽受害之結果，妨害秘密罪，是否有使人蒙不利益之結果，均非法律所問，法律僅以其有行爲，卽認爲犯罪之既遂也。

結果犯之處罰，刑法以加重其刑爲原則。（新刑法第十七條前段）蓋刑法上可以爲罪之行為，因有特別結果發生，從而加重其刑也。如新刑法第二百七十八條之使人受重傷與致人於死，第二百八十九條第二項之墮胎致婦女於死，均其適例。但結果犯之加重，例外仍以行爲人能預見結果爲標準，如行爲人不能預見其發生時，仍不得加重其刑。（新刑法第十七條後段）例如輕微傷害，無致死之可能，而因被害人之不慎竟致於死，在行爲人既不能預見死亡之結果，卽不構成第二百七十八條致人於死罪，祇能處以第二百七十七條之普通傷害罪是也。自一九〇二年國際刑法學會議決：「犯人對於犯罪行爲之結果所負之刑事責任，應以其能預見者爲限；」最近各國立法例，亦多以明文規定犯人祇對其能預見之結果負其責任。蓋以犯罪結果，犯人預見，科以重刑，尙不爲苛。若意外之結果，原因至雜，因偶然之事實，使負責，匪特受刑者不平，卽於刑事政策，亦有未合。故新刑法第十七條，採最新立法例，亦有「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行爲人不能預見其發生時，不適用之；」之明文規定也。然則本條所定者，雖非純粹之結果犯，要亦加重之結果犯也。其

曰行爲人不能預見其發生時不適用之者，則係對於此種結果犯加重其刑各條之適用加以制限耳。學者有謂本條係規定不罰結果犯之原則者，誤也。

結果犯，本以結果之發生，並非行爲人於不違本意之下具有預見爲前提。是凡加重結果犯，皆係對其一定結果之發生，並非於不違本意之下具有預見者也。茲乃曰不能預見其發生，不適用之，學者或疑有此規定後，幾使加重其刑各條無適用之餘地，亦有誤會。蓋本條所重者，在乎預見之能不能，而非謂預見之有不能也。

第二節 行爲之分類

行爲得分爲二種，一曰作爲，二曰不作爲，作爲又稱積極行爲，不作爲又稱消極行爲。作爲者，不當作爲而作爲之謂也，如殺人是。不作爲者，當作爲而不作爲之謂也，如遺棄是。行爲上既有作爲不作爲之分，故在刑法上則有作爲犯不作爲犯之別。茲分述如次：

一、違反禁止之行爲 刑法設禁止規定，禁止其發生一定之影響，爲維持此禁止法規起

見，故以積極的形式規定罰則。違反此種禁止法規者，曰作爲犯。例如新法第二百七十一條之殺人罪，第三百二十條之竊盜罪是。然於一定條件之下，有時亦可以不作爲之手段而成立作爲犯者，則謂之不純正不作爲犯。例如乳母不哺嬰兒之乳，欲其餓死，又如醫院看護，見病人誤服毒藥，故不防止，以致病人死亡均是。惟不純正不作爲犯之成立，以法律上有防止之義務者爲限。蓋在法律上有防止犯罪結果發生之義務人，不履行義務，卽能防止而不防止者，與因積極行爲發生結果者，法律上視同一律也。（新刑法第十五條）

二、違反命令之行爲 刑法又設命令規定，命令其維持一定現狀，或使之發生一定現狀，爲保持此命令法規起見，故以消極的形式規定罰則。違反此種命令法規者，曰不作爲犯。又稱純正不作爲犯。例如新刑法第二百九十四條，對於無自救力之人，命其扶助養育或保護之規定，又如第一百四十九條，命其解散之規定是也。

第三節 行爲與因果關係

犯罪有實質犯與形式犯之分，實質犯除有行為外，並須有結果，且二者之間，又必須有一定關係之存在。此原因與結果間之關係，謂之因果關係。故因果關係者，乃前事實與後事實一種聯絡關係也。其情形必後事實基於前事實而發生，無前事實則無後事實。例如甲欲殺乙，舉槍命中，乙應彈而死，則甲之行為，為乙死亡之原因，乙之死亡，為甲行為之結果，其間有因果關係，自無疑義。然若後事實之發生，非盡由於前事實，而與他之事情相合始發生者，其前事實為後事實之原因與否？則為難解決之問題。例如甲欲殺乙，致乙受傷，其加害之創傷，雖不能致乙於死，而或因被害者身體虛弱，或因醫治者技術不良，或因氣候激變，及其他事故參加，乙竟死亡時，則甲之殺傷行為，得為乙死亡之原因與否？不易判斷。此行為與因果關係，在刑法上，所以成為極困難極重要之問題也。惟於論因果關係之先，須注意左列各事項：

一、因果關係為結果發生後之問題 因果關係，係指結果發生後，探究何者為該結果之原因，非於未有結果之先，預測行為者之特定行為，有發生特定結果之力與否也。故解決因

果關係之有無者，限於有行為且有結果之後。若雖有行為，而尚未生結果者，固無論究之必要。換言之，因果關係，為事後問題，非事前問題也。即本有可生結果之力，而不為現生結果之原因者，亦非此處所應研究之問題，然有本無可生結果之力，而與他之事情相合，竟為現生結果之原因者，此則為論因果關係者所應研究者也。

二、因果關係為責任條件之前提 因果之有無，為物界之客觀問題，而責任之有無，為心界之主觀問題，二者不可不嚴為區別。詳言之，因果關係，乃存於行為與結果間之客觀關係，而故意過失，乃行為者主觀之責任條件也。是以論故意過失之有無，應以因果關係為前提，先有因果關係之存在，然後方發生解決行為者於其因果關係，是否有預見（故意之有無）是否可得預見（過失之有無）之問題也。例如有甲傷乙與乙死亡之事，先論甲之傷害與乙之死亡，有無因果關係，若有之，則更論甲於乙之死亡結果應否負其責任，若無因果關係時，則無研究甲某有無責任問題之必要矣。

第一款 作爲與因果關係

作爲，一曰積極行爲，即可以引起一定影響於外界之任意動作也。換言之，亦即對於刑法上所禁止之行爲而故爲之也。動作爲原因，外界影響爲結果，其動作與結果間有積極之因果關係存焉。惟判斷因果關係之有無，以及因果關係是否有一定之界限，學說分歧，大別之，可分爲：一、條件說；（又稱條件即原因說）二、原因說；（又稱條件原因區別說）而爲多數學者所採用者，則爲原因說中之相當因果關係說；（又稱相當條件說，或稱相當原因說）茲一分述如次：

一、條件說 此說以致生結果之一切條件，均爲此結果之原因，故一稱條件即原因說。此說之特色，即不分原因條件，凡有影響於結果上者，皆爲原因，故條件即原因。其發生結果之條件，如有數個，即同爲發生結果之原因，故亦曰共同原因說。依此說時，是無論論理上原因與法律上原因，均無分別之必要，苟可爲論理上原因之行爲，即法律上之原因，認原

因關係之範圍過於廣泛。自吾人智識經驗觀之，不免有苛酷之嫌耳。

二、原因說 此說於致生結果之多數條件中，選擇其一二種為刑法上之原因，其他條件，視為與結果之發生無關，僅名之曰單純條件而已，故一稱條件原因區別說。易言之，即對於引起結果之事情，區別為單純條件與原因條件。單純條件，不認為結果之原因，其認為結果之原因者，乃原因條件也。惟其中又分數說，舉之如下：(1)有力條件說。謂於多數條件中，以對於結果最有效力之條件為原因，其他為單純條件也。(2)必要條件說。謂於致生結果之諸條件中，其為發生結果所不可缺之必要條件為原因，而以其他為單純條件也。(3)最後條件說。謂以發生結果諸條件中之最後條件為原因，其他皆為單純條件也。(4)相當因果關係說。一曰相當條件說。或稱因當原因說。是說乃以結果發生可能性之有無，為原因條件區別之標準也。亦即以論理上致生結果之條件行為中，擇其一般認為相當者為原因，其他皆單純條件也。詳言之，不以論理上之原因為原因，而於多數條件內，擇其與結果有相當關係者，為法律上之原因，因其以必要的或可能的條件為法律上之原因也，故又名此曰相當原因

依上所述，學說雖多，而為近代所採用者，則為原因說中之相當因果關係說。試舉實例二則以說明之：例如甲以殺意毆乙（行爲）成傷，乙受傷後，因貧不能延醫調治，或醫治不得法，而因傷致死（結果），甲之行爲為殺人既遂罪耶？抑為殺人未遂罪耶？又如甲以殺意，毆乙（行爲）成傷，乙受傷後，因住醫院調治，適遇火災，被燒而死（結果），甲之行爲，為殺人既遂罪耶？抑為殺人未遂罪耶？第一例，如採條件說。則乙受傷後，因貧不能延醫調治，或醫治不得法，而因傷致死。然不有甲之行爲為原因，斷不生乙死亡之結果，故甲應成立殺人既遂罪。若採原因說中之相當因果關係說，則甲之行爲為乙死亡之原因，蓋乙因貧不能延醫，或醫治不得法，而因傷致死，根據一般智識經驗，皆可認其有發生結果之可能性，故甲之行爲亦應成立殺人既遂罪。第二例，如採條件說。則甲之行爲，為乙死亡之原因，蓋不有甲之行爲，則乙不生受傷之結果，乙不受傷，決不住醫院調治，不住醫院調治，何致被燒而死，故甲之行爲，應構成殺人既遂罪。若採原因說。則甲之行爲不能為乙死亡之原因，蓋根據

一般智識經驗，甲行爲時，以客觀觀察之，斷不能預知有罹火災之事件發生，住醫院而燒死，乃偶然之事實，非事物之常態，斷不能謂凡人受傷住院，皆將有燒死之結果也。是行爲之中，未含有此種之可能性，則行爲對於結果，即非相當條件。故甲之行爲，僅任殺人未遂之責，不能以殺人既遂罪論也。

第二款 不作爲與因果關係

不作爲，一曰消極行爲，即可以引起一定影響於外界之某原因進行時，而不防止其進行之任意動作也。此動作，即意思之實行，與作爲不同，其筋肉不向外部發動，然又不以身體之靜止爲要件，祇須於不防止結果發生之點，不爲身體之舉動即可。至其同時於他方面雖爲如何活動，則非所問。例如鐵道旁之揚旗者，於應揚旗之時而不揚（不作爲），乃故意從事他項工作（身體之活動），其不揚旗之點，仍爲不作爲是也。因不作爲而犯刑法上命令規定者，爲純正不作爲犯。例如遺棄罪是。因不作爲而犯刑法上禁止規定者，爲不純正不作爲犯。例

如鐵道旁之揚旗者，見火車之疾駛而來，故不示警，使鑰道上行人傷亡。又如醫院中之看護者，見病人之誤服毒藥，故不防止，以至病人傷亡。又如乳母不予嬰兒之乳，使嬰兒餓死之類。皆以不作爲之手段而犯殺人罪（禁止規定）是。純正不作爲犯，不生因果關係問題，固無疑義。惟不純正不作爲犯，其不作爲與結果之間，是否有因果關係？學說並不一致，大別分爲消極積極二說，分述如次：

一、消極說 是說不作爲屬靜止之狀態，無單獨之原因力也。既無單獨之原因力，故無因果關係。

二、積極說 是說謂有作爲義務者於他之原因進行時，若不爲結果之防止，即爲發生結果之原因力也。既爲發生結果之原因力，故認爲有因果關係。

以上二說，果以何說爲當？多數學者，大率於純正之不作爲犯，則採消極說。蓋其犯罪構成，不以結果發生爲必要也。於不純正之不作爲犯，則採積極說。更舉例以明之，例如乍有幼兒，將入於井，路人親狀，不往拯救，或保母見之，置諸不理，致幼兒溺死者。若以不

作爲之有原因力而論，則路人保母相同，以皆居於可得防止結果發生之地位，而不防止之故也。但以對於結果之責任而論，保母須負殺人之責，而路人則不構成犯罪。蓋以法律對於路人，無要求見溺水必救之作爲。故其不作爲，並非違反法律契約上之義務，自不成立不作爲犯。至於保母，本有法律契約上之義務，而置諸不理，即係違背義務，自成立不作爲犯是。

第二款 因果關係中斷

因果關係中斷云者，謂某種行爲正在進行之際，因他項原因之競合及介入，而發生結果時，則前因後果，不相聯絡，其第一原因與結果之間，被第二原因之介入而遮斷之狀態也。此因果關係中斷論，原爲採條件說學者所主張，殊與相當因果關係說無併存之餘地。吾人於因果關係，既採相當因果關係說，對於此種因果關係中斷論，實無研究之必要。但觀吾國歷來判例則反是。如前大理院六年上字第四八七號判例，謂「傷害人後，其人另因他病身死者，不得謂非參加自然力動成結果，因果即屬中斷」云云。是判例既認有因果關係中斷之說，

吾人自未便舍置不論也。茲再一言因果關係與他行爲之競合及介入，以及介入與因果關係發生何種關係如次：

一、競合 競合者，卽於因果關係之連續中，有他行爲之相合是也。例如甲以殺意，以毒藥與丙食，分量不足，丙不至於死，厥後遇乙，又投以少量之毒，兩毒相合，竟致丙於死，此例，乙之行爲不能單獨有原因力，必與甲之行爲相合，方爲丙致死之原因，故曰競合。競合之後行行爲，均係與前行行爲相俟而生結果，故前行行爲與結果間之關係，探原因共同說，不能因之而中斷也。

二、介入 介入者，卽一個行爲完畢後，尙在因果關係連續之中，而有他種行爲參加其內是也。例如甲毆傷乙之頭部，尙未復原，而由細菌介入，致乙傷口進風而死，此爲自然力之介入，無論探原因說中之有力條件說及吾國歷來判例，〔註一〕均認甲之毆傷行爲爲有力之條件，卽認此條件爲乙致死之原因，因果關係不能中斷。但介入不僅自然力，更有其他之人力也。例如甲毆傷乙，丙送往醫院，於中途將其墮車以致於死。此種人力之介入，果如何處

斷乎？斯即介入與因果關係之關係問題，學者於此，向有三說：（一）爲因果關係連續說；是說謂甲之毆傷與乙之致死，當然存有因果關係。蓋使甲不毆傷乙，乙不至入醫院，不入醫院，不至墮車而死，故甲應負其責。而丙之將乙墮車，更爲乙致死之直接原因。但不能因有丙之行爲介入，而中斷甲乙間之因果關係，故甲對於乙之致死，均負責任。蓋苟無丙之介入，乙是否不至於死，固爲疑問，使甲果不將乙毆傷者，乙亦何至墮車而死，故甲之責任，仍難免除。（二）爲因果關係中斷說；是說謂丙之行爲，足以中斷甲乙間之因果關係。蓋以乙之致死，其遠因雖出於甲之毆傷，而其直接原因，則爲丙之將其墮入車下，故丙之行爲，可爲乙致死之原因，而甲之毆傷行爲，僅爲乙致死之條件，不能爲乙致死之原因，故丙之介入，足以中斷甲乙間之因果關係。蓋祇認甲之行爲爲條件，而不認爲原因也。但使丙之行爲非出於故意，又並非爲有力之行爲，則應以甲之行爲爲有力之行爲，故乙致死之責，仍由甲完全負之，蓋以甲之毆傷，爲乙致死有力之條件也。（三）爲責任更新說；是說謂甲之行爲，僅在傷害，祇有傷害之預見，而無傷害致死之預見，當然與乙之死無相當因果關係，即無丙之介入

行爲，甲之所爲與乙之結果，亦不發生因果關係，故無所謂中斷，亦無所謂介入，不過甲之行爲與乙之結果生責任之移轉耳。即甲對於乙之最後結果不負責任，而以丙爲更新責任之負擔者。以上三說，主張各異，吾國歷來判例，〔註二〕大率採因果關係中斷說（原因說中之有力條件說），如行爲相等，則採因果關係連續說（共同原因說），但被害人之致死，確非行爲人所能預見者，則亦採責任更新說（原因說中之相當條件說）。新刑法第十七條，亦有明文規定曰：「因犯罪致發生一定之結果而有加重其刑之規定者，如行爲人不能預見其發生時，不適用之；」是即採用原因說中之相當條件說之明證也。

以上係就作爲犯之因果關係中斷言，至不作爲犯之因果關係，雖爲消極說者所否認，然亦無害其成立，且亦有中斷。蓋有作爲義務者於他之原因進行時，若不爲結果之防止，即爲發生結果之原因，如能防止，則其因果關係，即行中斷也。

【註一】 刑法上傷害致人於死罪，指傷害行爲與死亡之發生有因果關係之聯絡者而言。不惟以傷害行爲直接致人於死亡者爲限，即因傷害而生死亡之原因，如因自然力

之參加，以助成傷害應生之結果，亦不得不認爲因果關係之存在。（最高法院十九年上字第一四三八號判例）

某甲之死，既係因傷抽風，出於自然力之介入，其因果關係仍屬聯絡，加害者自不能不負傷害致死之罪責。（最高法院十九年上字第一九五六號判例）

被害人致死原因，係基於被傷後受風，其間雖爲自然力之參入，應不能中斷其因果關係之聯絡，加害人應構成傷害致人死罪。（最高法院二十一年上字第七〇五號判例）

【註二】 傷害致死罪之成立，應以其行爲與結果之間，有無因果關係之聯絡爲斷。如係因傷致病，因病致死，其死亡結相，與傷害行爲確有相當因果關係，則其應負傷害致死之責，固無可疑。但若於傷害後被害人另因他病身死，並不得謂參入自然力，助成結果，則其因果關係，即屬中斷，自與因傷致死迥不相同，亦祇得以普通傷害論。（最高法院二十一年上字第四六二號判例）

第四節 行爲之責任

行爲應負刑事上之責任者，以具備一定主觀的要件爲限。主觀的要件爲何？即責任能力與責任條件是也。惟何謂責任？於此應先說明之。

責任二字之意義，學者見解不同，有解爲義務之意義者，如父母對於子女，應負保育之責任是。有解爲法律上或道德上制裁之意義者，如損害他人財產，應負賠償之責任，其前者之例也。如處事不誠，應負相當之責，其後者之例也。雖然，此種解釋，無論當否，均與本節所謂行爲之責任無關，蓋本節所謂責任，乃專對於犯罪行爲與精神狀態上有無聯絡關係之責任而言也。責任之意義既明，於是可知精神的要素，亦爲犯罪成立上必要之條件，則雖有犯罪行爲，而不能具備精神的要素者，不得謂爲刑法上之有責行爲，即無由成立犯罪。由斯以言，本節之所謂責任，其意義更可明矣。

犯罪之須爲有責行爲，觀新刑法第十二條第十八條第十九條之規定而益信。有責行爲者

，即吾人有舉動所必需之精神狀態之行爲也。蓋吾人行爲構成犯罪時，不但其外部須行爲與犯罪事實之間有因果關係，即其內部亦須有犯罪事實可歸責於吾人之精神狀態也。此精神狀態，即一有責任能力者，二出於故意或過失者。故無責任能力者之行爲，縱其犯罪上可視爲犯罪行爲，然不負刑事責任，因其行爲不構成犯罪也。其行爲非出於故意或過失者亦然。故犯罪必限於有責行爲，其理至顯。茲分款述之：

第一款 責任能力

責任能力者，謂精神成熟且健全者也。換言之，即基於一定行爲而有負擔刑法上制裁之效果之能力也。必有此能力，而後犯罪者國家方處以刑罰。苟犯罪者而無此能力，則雖有犯罪之行爲，亦不令其負刑事上之責任，蓋以其精神尚未成熟或有障礙，不堪負擔此犯罪之責任也。如瘋漢殺人，孩提搶物，皆不失爲犯罪行爲。然一則心神喪失，一則年幼無知，皆不能擔負此犯罪之責任，國家即未便加以處罰。故責任能力之有無，實爲處罰或不罰之前提。

此責任能力，在刑法上所以成爲極重要之問題也。

欲辨明責任能力之有無，應以年齡及精神狀態二者決之。年齡及精神狀態，與普通人有顯著之缺陷者，卽爲無責任能力。我國新刑法關於責任能力，係由消極方面規定無責任能力者不處罰之明文；而無責任能力之種類，則有未滿十四歲人，及心神喪失人二種。對於十四歲以上未滿十八歲人，及滿八十歲人，精神耗弱人，瘖啞人，則減輕其責任焉。茲分述如次：

第一 幼者

幼者何？謂精神未成熟之人，換言之，卽未達一定年齡之人也。未達一定年齡之人所爲之行爲，不負刑事上之責任，爲各國立法例所同。惟各國關於刑事責任年齡之立法例不一，有採四分主義者，有採三分主義者，有採二分主義者，有區別爲絕對無責任年齡與相對無責任年齡者，有區別爲絕對無責任年齡與減輕無責任年齡者，試列表於左以明之：

四 分 主 義										種 別			
匈 牙 利	智 利	阿 根 廷	厄 哥 多 爾	巴 拿 馬	烏 拉 圭	奧 大 利	秘 魯	非 律 賓	羅 馬 尼 亞	意 大 利	西 班 牙	葡 萄 牙	國 名
十二歲未滿	十歲未滿	十歲未滿	十歲未滿	十歲未滿	十歲未滿	十歲未滿	九歲未滿	九歲未滿	八歲未滿	九歲未滿	九歲未滿	七歲未滿	絕對無責任
十二	十	十	十	十	十	十	九	九	八	九	九	七	相對無責任
十八	十六	十五	十六	十五	十四	十四	十五	十五	十五	十四	十五	十四	減輕責任
十八	十六	十五	十六	十五	十四	十四	十五	十五	十五	十四	十五	十四	減輕責任
二十	十八	十八	十八	廿一	十八	二十	十八	十八	二十	廿一	十八	二十	全負責任
二十以上	十八以上	十八以上	十八以上	廿一以上	十八以上	二十以上	十八以上	十八以上	二十以上	廿一以上	十八以上	二十以上	全負責任

義		主		分		三								
丹麥	埃及	挪威	瑞典	芬蘭	蘇俄	法國	德國	布加利亞	暹羅	希臘	墨西哥	印度	紐約州	英國
十四歲未滿	七歲未滿	十四歲未滿	十四歲未滿	十四歲未滿	十四歲未滿	十三歲未滿	十二歲未滿	九歲未滿	七歲未滿	十歲未滿	九歲未滿	七歲未滿	七歲未滿	十四歲未滿
					十四—十六	十三—十八	十二—十八	九—十七	七—十六	十—十四	九—十四	七—十二	七—十二	十四—十六
十四—十八	七—十五	十四—十八	十四—十八	十四—十八										
十八以上	十五以上	十八以上	十八以上	十六以上	十八以上	十八以上	十七以上	十六以上	十四以上	十四以上	十二以上	十二以上	十六以上	

對無責任能力減輕責任能力之四分主義，而一仍舊刑法之舊，堪稱得當。

新刑法關於責任能力之立法原則，既如前述，試再進而研究責任能力之年齡。依舊刑法規定，絕對無責任年齡，爲未滿十三歲人，減輕責任年齡，爲未滿十六歲人。新刑法則將責任年齡提高至十四歲，宥減年齡提高至十八歲，夫責任能力之判定，須以身體之發育與智識之發展爲斷，立法者乃依其過程而確定其年齡，我國教育尙未普及，事實上不容否認，且刑罰之設，貴能收效，其效維何？曰減少犯罪，預防累犯是已。一般刑法學者僉謂幼年人有犯罪之危險者，卽在此妙齡時期內，以十三歲至十八歲數年中爲尤甚，加之幼年人之性情未定，投之監獄，易染獄內之惡習，出獄後復行犯罪，有如響應，是則責任年齡過低，適足以促國中再犯之增加而已。再犯增加，既與減少犯罪預防累犯之本旨不相容，又與刑罰防衛社會之目的相背戾。故我國新刑法將責任年齡提高，匪特適應潮流，抑且切合國情。語曰：與其殺不辜，寧失不經，新刑法實有之。

第二一 精神障礙者

本論 第二編 犯罪 第五章 犯罪之行爲

精神障礙者，謂其人精神上之作用異於通常人也。其情形有二；

一、心神喪失人 心神喪失者，謂其人全無知覺者也。如白癡瘋癲，及凡因先天的發育不全，或後天的不具，或基於生理的心理的原因，以致陷於精神溷濁者皆是。心神喪失人之行爲，不負刑事上之責任，爲各國立法例所同。我國新刑法第十九條第一項規定曰：「心神喪失人之行爲不罰。」亦認心神喪失人爲無責任能力之人也。蓋心神喪失人之行爲，不可認爲其人之行爲，乃其病之作用，祇能以醫藥治之，不可加以以刑罰。無他，加以以刑罰，不足以收刑法上之效果也。

二、精神耗弱人 精神耗弱者，指其人缺乏推理力或記憶力者也，卽通常所謂呆癡者是。精神耗弱人所爲之行爲，在刑法上係減輕責任能力人，亦卽學說上所謂之中間級人，與未滿十八歲之幼年人，同爲減輕責任之人。我國舊刑法謂之心神耗弱人，外國刑法典有類似之規定者，如意大利挪威士丹麥瑞典希臘日本等國刑法典，與德國委員會刑法草案，皆有心神耗弱之條文。一九〇五年萬國刑法學會議決，亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑，故

我國新刑法亦爲同樣之規定。蓋精神耗弱人，其重者幾與心神喪失相等，輕者或與常人同，既不應處以通常之刑，又不應全免其刑事責任，不能不有特別之規定，其刑期比常人輕短。新刑法第十九條第二項云：「精神耗弱人之行爲，得減輕其刑；」卽斯意也。惟我國舊刑法定爲必減，新刑法改爲得減耳。

要之精神障礙者之行爲，或不罰，或減輕，一以犯罪時之精神狀態而定。其犯罪當時，果爲心神喪失，抑爲精神耗弱？爲決定可否處罰或減輕之前提，此屬諸法醫學之範圍，固應由法醫師詳加鑑定。至認定責任能力之減輕或有無，則屬諸法律領域，爲審判官之特權，亦不受鑑定之結果所拘束也。

第二 瘖啞者

新刑法第二十條規定曰：「瘖啞人之行爲，得減輕其刑；」對於瘖啞人責任能力，蓋與舊刑法同採減輕責任能力者。惟一爲必減，一爲得減耳。瘖啞者何？謂聾而兼啞者也。以其不能承受教育，是非之辨別，善惡之審慮，均不逮於常人，故減輕其責任能力。然現代文化

進步，瘖啞學校，頗多設置，瘖啞人並非絕對不能承受教育，亦非絕對毫無智能，故應就其情形，分別論責。新刑法採得減主義，規定得減輕其刑，自較爲適當。

且瘖啞爲自然人之病症，發生之情形不等，故各國立法例，有以出生時或幼時瘖啞爲限者，如蘇俄舊刑法墨西哥刑法是也。有以年齡爲限制在法定年齡內瘖啞且無辨別事理能力爲限者，如意大利刑法是也。夫瘖啞人之減輕刑責，既以其不能承受教育爲前提，法律上當以生來或幼時瘖啞爲限，方足以貫徹立法之精神。依我國前大理院判例（四年上字八四〇號）亦謂瘖啞者，係指生而聾啞者而言，其因疾病致生聾啞者，自不在其內。觀此，可見後天的瘖啞者，即不得謂爲刑法上之瘖啞人，自難適用瘖啞人之規定，減輕其刑責焉。

又瘖啞二字，我國暫行刑律草案，本作聾啞，所以示聽能語能兼缺之意也。後前清資政院改爲瘖啞，就瘖啞本義考之，無聲之爲瘖，不言之爲啞，二者釋義既同，似未便仍以聽能語能兼缺爲曲解。然準之醫理，按諸實際，則瘖啞者爲不聾聵。是去聾而疊用瘖啞，固未嘗變更聾啞之初意，故新刑法仍之。

第四 老者

新刑法第十條第三項規定曰：「滿八十歲人之行爲，得減輕其刑，」對於老年人減輕其刑事責任，在近代文明各國通例，均不設明文規定。在我國，則爲唐律以來之一貫的思想，無非出於敬老之意。唐律有八十歲老人犯罪收贖勿論之例，清律有七十以上之老人犯罪者，準十五歲以下之幼年人處斷，八十歲以上之老人犯罪者，準十歲以下之幼年人處斷，九十以上老人犯罪者，準七歲以下之幼年人處斷，雖犯死罪不加刑之條。故新刑法相沿有此減輕老年人刑責之規定。顧或謂老年人年齒既尊，涉世自深，是非利害之權衡，遠非幼年人所得比擬。今特設專條，使與限制責任能力人等量齊觀，立法似有未當；況昔日法律，以禮制爲本源，固尤有說焉。近代法治之世，按諸刑事政策，既非必要之舉，留此適足滋人誤會，以爲數千年來之傳統政策，猶殘留於今日，反不若刪除之爲愈也。其說未嘗不是，但近代法律，減輕老年人刑事責任之理由，實出諸刑事政策。蓋以年登耄耋，精神衰弱，神思昏聩，甚或耳失聰，目失明，其判別是非之能力，不能與成年人相提並論。新刑法一面保存我國固有

之遺規，一面迎合世界之潮流，特設得減輕之例。故減輕與否？仍當視其有危害於社會與否而定，若其行為確與社會有重大之危害，則仍可不予減輕，此項立法，自難謂其不當也。

第五 對於無責任能力人之處置

刑法規定無責任能力人之行為不罰，不罰者，不過不加以刑罰耳，非謂其無社會的危險性也。既有社會的危險性，則須研求防衛社會之方法，方法維何？即執行保安處分是已。對於幼者犯罪之保安處分，有所謂感化教育，對於精神障礙者或瘖啞者犯罪之保安處分，有所謂監護，容俟後保安處分章詳論之！

第二款 責任條件

責任條件云者，謂其行為須合乎某種條件始負責任也。換言之，即責任能力人之行為所以為犯罪者，猶以惡性表現為條件，名此曰責任條件。惡性表現有二種狀態，即一故意，二過失是也。故意者，認識行為之危險性與行為之違法性而敢於為之之決意也。過失者，因不

注意致缺乏事實之認識也。刑法以罰故意爲原則，罰過失以有特別規定者爲限。觀新刑法第十二條第一項規定云：「行爲非出於故意或過失者不罰；」又同條第二項規定云：「過失行爲之處罰，以有特別規定者爲限；」可知負責任之條件，爲故意及過失。茲分述如次：

第一 故意

一、故意之意義 故意者，卽認識犯罪事實，決意爲犯罪行爲之心意狀態也。故意爲構成犯罪要件之一，以具備觀念及決意二要件而成立。觀念者，卽對於一定犯罪事實而具有相當認識之謂。決意，則指實施犯罪動作之意思而言。故犯罪故意，必知爲犯罪事實而有爲之之決意也。例如持刀殺人，死傷立見，引薪焚屋，灰燼可期，知有死傷結果而殺人，知有燒燬事實而焚屋，是卽所謂故意。反之，驅車疾馳，無意撞傷行人，熟睡臥榻，一轉側翻爐燬屋，均不得謂之有認識是。故雖有犯罪事實之認識，而無犯罪行爲之決意，或對於犯罪事實無從認識，均不得謂之故意。蓋以犯罪事實之認識，與犯罪行爲之決意，均屬心理作用，觀念屬於知力，決意屬於意力，缺其一則其行爲不得謂之故意也。

關於故意之意義，就各種學說言，極不一致，撮其大要，可分爲（一）認識主義，又稱預見主義，或觀念主義。與（二）意欲主義，又稱希望主義，或意思主義。前者以爲認識構成犯罪事實之發生爲已足，後者則非希望或欲構成犯罪事實之發生，不得謂爲故意。兩主義立論不同，適用上自有差異。例如船主意欲沉沒其保險之船，以取得保險金，但不希望水手搭客之死亡，預爲救護之法，而臨時竟有溺死者，遇此情形，在探認識主義者，即可論以故意殺人罪，而採希望主義者則否。我國先後立法例不同，暫行刑律採用認識主義，舊刑法則採用意欲主義。誠以意欲主義，爲多數學者所主張，近年立法例，如意大利暹羅等國刑法典，及瑞士前後各草案，德國刑法與刑法草案，皆經採用，故我國新刑法從之。於第十三條第一項規定云：「行爲人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生者，爲故意；」同條第二項云：「行爲人對於構成犯罪之事實預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論；」即足以證明採用意欲主義者也。第一項以明知而有意使發生爲故意，明知而有意使發生，是希望也，學說上稱之爲直接故意。第二項限於預見而不違背本意者，以故意論，預見而不違背本

意，是亦欲也，學說上稱之爲間接故意。【註】無論其故意爲直接爲間接，均以犯人之意思定之，蓋所探者意欲主義也。至間接故意所以與認識主義不同者，一則以有認識爲已足，一則於認識外，尚須不違背本意。學者有謂間接故意卽係認識主義者，誤也。

【註】甲起意殺乙，置毒餅內送乙，乙未食，甲對於乙，自成預謀殺人之未遂罪。如乙之以餅貽送丙食及丁之嘗食，（原問題係甲起意殺乙，置毒餅內，送至乙處，乙轉貽丙，丙食之覺口麻腹痛，以告丁，丁試嘗少許，丙大病，丁亦病）甲亦預見而不違背本意。則甲對於丙丁，亦有殺人之間接故意，應成殺人未遂罪。（司法院院字第三五五號解釋例）

二、故意之態樣 故意之態樣，可分數種，即（1）直接故意與間接故意，（2）單純故意與預謀故意，（3）事前故意與事後故意，（4）確定故意與不確定故意是也。

（1）直接故意與間接故意 故意之分直接間接，亦祇就態樣言耳，在法律上其爲責任條件則一也，故不贅述。惟分則各條，（如第一二五條第一項第三款，第一二九條，第二一三

條，第二一四條，第二一五條，第二五四條）以明知特定為構成犯罪之要件者，則須具有直接故意，始構成其罪，僅具間接故意則否，是為例外也。又無論直接故意間接故意，均以構成犯罪事實之發生為其對象，此新刑法第十三條所明定者也。所謂構成犯罪之事實，指刑罰法令所列舉之客觀事實言，即一客體，二行為，三結果，四行為與結果之聯絡是也。

(2) 單純故意與預謀故意 故意有單純及預謀之分，單純故意者，出於不暇思慮，突然決意而實行其犯罪行為之謂也。預謀故意者，出於沈思熟慮而始着手於犯罪行為之謂也。此不過意思決定之間，有時間長短之分。其性質不得謂預謀者其罪狀必重，單純者其罪狀必輕。蓋人生智愚不一，愚者之千慮，不如智者之一思，故不能以思慮時間之長短，定沈思熟慮之有無也。是單純與預謀，不過為程度之差別，不得以此而定罪質之輕重，故此區別，在學理上法理上似無何等實益。此我新刑法所以不採此無謂之區分，而別設謀殺罪之規定也。然而舊刑法則反是，對於殺人罪而出於預謀者，則處罰較重焉。

(3) 事前故意與事後故意 故意有事前及事後之分，事前故意者，其行為尚未有結果發

生，而行爲人誤認爲已發生結果，更因而爲其他之行爲助成其結果之謂也。事後故意者，其行爲非出之於故意，而於事後利用此無故意之行爲，而以故意爲犯罪行爲之謂也。前者如殺人者於下手之後，誤信其人已死，投之河中，而其實被害者之死，由於溺水是。後者如甲醫爲乙施手術，當時本無殺乙之意思，嗣知乙爲其父仇，乃生殺意，於開割後不爲縫治，致乙因而死亡是。要之事前事後故意之區別，在法理上均非必要，故非故意中所應研究之問題。

(4) 確定故意與不確定故意 故意有確定與不確定之分，確定故意者，行爲人對於其所爲之犯罪行爲，有確定之結果之謂也。例如槍擊者，決其所發之彈，可以殺人是。不確定故意者，行爲人對於其所爲之犯罪行爲，其結果不能預行確定之謂也。此種不確定之故意，又分爲三種：其一擇一的故意，其二概括的故意，其三未必的故意是也。擇一的故意者，即其受害之人，雖有所確定，然究竟爲甲爲乙，尚不可知，不過此二人或數人中必有一人受其害是也。例如丙對甲乙放槍，預見應彈倒地者，非甲卽乙，非乙卽甲，彈丸飛出，卽足以惹起甲或乙之死亡是。概括的故意者，即其受害之人，雖不能事前確定，然無論如何，終必有人

受其害是也。例如埋炸彈於羣衆集合之所，預見行人必有死亡是。未必的故意者，其犯罪行為實施後，究竟有無結果，在不可知之數是也。例如舉槍向曠地發彈，若曠地有人經過，必被擊斃，否則決無結果發生是。在暫行刑律探認識主義，此三者皆係故意，新刑法對於未必故意，有時應認爲過失者。蓋新刑法分過失爲無預見之過失與有預見之過失，未必故意，即有預見之過失也。

第二 過失

一、過失之意義 過失者，對於犯罪事實，應注意並能注意而不注意，致欠缺認識，而發生犯罪事實之謂也。申言之，即對於一定犯罪事實應認識，且可以認識之事實，因不注意之故而不能認識，致發生犯罪之結果是也。過失行爲最重要之要素，即要缺乏事實之認識，若有事實之認識，則爲故意，不生過失之問題。故過失與明知而犯之完全有責之故意不同，且有犯罪之結果，非基於不可避之機會，故過失與本不能知或無可逃避完全無責之不可抗力亦有區別。由是以言，可知過失須具備下列要件：(1)須欠缺認識。欠缺認識者，犯罪事實

向未完全認識，或全無認識之謂。例如殺人者誤認尊親屬爲常人而殺之，或獵獸者誤認人爲獸而射之是。若認識未嘗欠缺，則爲故意，非過失也。(2)須出於不注意。即欠缺認識，由於不注意，若已盡注意之能事而仍無從認識者，則爲非故意，亦非過失也。如事實之錯誤是。(3)須有注意之可能。可能注意而不注意，始有過失可言。若縱加以注意而仍不能防止結果之發生者，則爲不可抗力，而非過失也。(4)須有注意之義務。應注意而不注意，始有負過失之可言。若本無應注意之義務，當然不負注意之責，何過失之有？所謂注意之義務，即作爲時應注意侵害他人之法益，不作爲時應注意有無違背其應作爲之義務。若原無作爲之義務，縱使不作爲，亦不負注意之責，更無過失之可言。例如乳母遊玩忘返，致嬰兒餓死，則負過失致人死之責。若原無作爲之義務，縱目睹嬰兒將餓死而不爲哺乳，則不負罪責也。

雖然，何者爲過失？刑法上亦應有一定之範圍。在昔關於過失之定義，一任學者之主張及最高法院之解釋，學說紛歧，極不一致。新刑法乃採用各國最新立法例，於第十四條規定過失之範圍。第一項云：「行爲人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者爲過失

；「第二項云：「犯人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，以過失論；」第一項所規定者，爲無預見之過失，第二項所規定者，則爲有預見之過失，雖有預見與否之不同，而在法律上足爲責任之要件則一，學者有以此定情節重輕者，其說不足採。

二、過失之標準 過失行爲，既以行爲者有注意義務爲前提，然則所謂缺乏注意云云，究以達若何程度，而後可稱爲刑法上之不注意乎？換言之，即過失之標準，果有如何之界限乎？學者對此，自來有客觀說，主觀說，折衷說。分述如左：

(1)客觀說 是說一曰抽象說，即從客觀方面以定其行爲之是否過失，換言之，即以普通人所應注意且能注意者爲標準。苟於普通人所應注意且能注意者而不注意，即爲過失。例如砒霜能殺人，此普通人所應注意且能注意者也，使因不注意之故而因以殺人，即爲不注意，應以過失論。

(2)主觀說 是說一曰具體說，即從主觀方面以定其行爲之是否過失，換言之，即以本人通常所應注意且能注意者爲標準。苟於通常所應注意且能注意而不注意，即爲過失。例如

醫師藥劑師等，皆能識別各種藥性者也，設因不注意誤將毒藥與人，致人死傷，是即過失，以其本應注意且能注意者也。如為普通人，本不知為何物而以與人，則不能以過失論。

(3) 折衷說 是說即將客觀主觀二說而折衷之，凡不注意者之注意能力(主觀)較高於一般人應注意之標準(客觀)時，則以一般人應注意之標準定其有無過失。若不注意者注意能力較低於一般人應注意之標準時，則以不注意者之注意能力定其有無過失，蓋必如此然後兩者兼備也。我新刑法則以應注意並能注意之二者為不可缺一之前提要件，蓋所探者為折衷說也。

三、過失之種類 過失之種類有二，即(1)無預見之過失與有預見之過失，(2)一般過失與業務上之過失是也。分述如次：

(1) 無預見之過失與有預見之過失 無預見之過失，一曰疏虞之過失，即對於可能發生結果之事實，因不注意之故，以致缺乏預見(認識)之謂也。例如持槍把玩，觸機彈丸飛出，致人於死，又如電車司機者不注意道旁有人，開車前進，致將行人碾斃者皆是。有預見之過

失，一曰懈怠之過失，即預見有結果發生之可能性，因自信其決不發生而爲之，畢竟發生其所預見結果之謂也。例如電車司機者見孩童遊嬉於軌道之上，急鳴驚鈴，自信鈴聲可促孩童遠離軌道，駛不能收，致將孩童碾斃是。有預見之過失，其對於構成犯罪事實之能發生，原有認識。關於此點，與間接故意預見事實之能發生者，並無以異。所不同者，一則發生不違反本意，一則確信其不發生，故學說中對於故意之分類，有所謂未必故意者，於本法或因情形成爲有預見之過失，未可概以故意論也。

(2) 一般過失與業務上之過失 通常人怠於必要之注意而致人死傷者，曰一般過失。從事於一定業務，怠於事業上必要之注意而致人死傷者，曰業務上之過失。法律有時規定重罰業務上之過失，有時規定某種過失，惟業務者乃能犯之。例如通常人因不注意致人於死，依新刑法第二百七十六條第一項，僅處二年以下有期徒刑或二千元以下罰金。若從事業務之人，如醫師藥劑師等，誤和毒藥致患者身死，則依同法同條第二項，應處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。此爲法律重罰業務上過失之明證。又如船將沉沒，船長

有努力救護乘客之責任，苟怠於救護，致乘客溺斃時，應以業務上過失致入於死罪處斷。若通常人則無此救護之義務，故怠於救護時，不負過失之責。因此種過失，惟有業務者乃能犯之也。

四、過失之處罰 過失行爲之處罰，應以明文有特別規定者爲限，無特別規定者，則不處罰。新刑法第十二條第一項云：「行爲非出於故意或過失者不罰；」第二項云：「過失行爲之處罰，以有特別規定者爲限；」是示其於或場合，雖非故意而有過失時，尙爲例外而處罰之義也。我新刑法分則編，特別規定應處罰過失罪者，計有左列六種：

(1) 外患罪；(第一〇八條第二項、第一一〇條)

(2) 瀆職罪；(第一三二條第二項)

(3) 脫逃罪；(第一六三條第二項)

(4) 公共危險罪；(第一七三條第二項，第一七四條第三項，第一七五條第三項，第一七六條，第一七八條第二項，第一七九條第三項，第一八〇條第三項，第一八一條第一項)

二項，第一八三條第二項，第一八四條第三項，第一八九條第三項，第一九〇條第三項）

(5) 殺人罪；(第二七六條)

(6) 傷害罪；(第二八四條)

第二一 錯誤

錯誤者，謂事實與認識相齟齬也。其狀態分爲誤信與不識，以有爲無，以無爲有，是曰誤信。例如誤人爲獸，誤糖爲毒是。無有無之認識，是曰不識。例如毫無人獸之認識，與夫法律之不識是。以性質言之，錯誤又有事實之錯誤與法律之錯誤之別，誤人爲獸，誤糖爲毒，與毫無人獸之認識，事實之錯誤也。誤解法律之存在或不存在，與法律之不識，法律之錯誤也。然刑法上得阻却犯罪之成立及刑之加重者，僅限於事實之錯誤，而法律之錯誤不與焉。茲分別說明如次：

一、事實之錯誤，事實錯誤，依通說，分爲一客體錯誤，二打擊錯誤二種述之：

(一)客體錯誤 客體錯誤，一稱標的物錯誤，即誤認犯罪之標的物是也。其中情形，亦有三種；(一)其錯誤於犯罪之成立與否有影響者，(子)犯罪之客體存在而誤以爲不存在，例如誤以人爲獸而開鎗射擊時，阻却殺人之故意，但有時應成立過失犯。(丑)犯罪之客體不存在而誤以爲存在，例如誤以獸爲人而加以殺害時，此爲不能犯，不阻却故意。(二)其錯誤於犯罪之成立與否無影響者，例如欲殺甲，誤以乙爲甲而殺之，此種錯誤，不阻却故意。(三)其錯誤於犯罪之成立與否雖無影響，而於重輕有影響者，(子)構成加重罪之客體，而誤以爲構成普通罪之客體，例如殺傷直系尊親屬，而殺傷時未辨之，誤以爲普通人時，對於加重部分，阻却故意，應依殺傷普通人處斷。(丑)構成普通罪之客體，而誤以爲構成加重罪之客體，例如殺傷普通人，而殺傷時未辨之，誤以爲直系尊親屬時，對於加重部分，祇爲幻想，亦應依殺傷普通人處斷。

(2)打擊錯誤 打擊錯誤，一稱行爲錯誤，即於攻擊方法生有錯誤之謂。換言之，即行爲者對於結果所認識之手段方法，生有錯誤，而致生所未認識之結果是也。其中情形，亦有

二種；(一)例如甲開槍殺乙，而誤中丙之身，致將丙殺死，在甲之預見，欲將乙殺死，而結果乃死者爲丙，是出於預見之外，此種情形，應與標之物之錯誤，同一處斷。蓋其所被害者，雖有乙與丙之區別，而甲之有殺人決意則一，故在法律上，仍應以殺人罪論也。(二)例如舉刀殺乙，而誤中獸身，此種情形，亦與標之物之錯誤同一處斷。但殺人而誤中獸，苟有殺人之情節，仍應以殺人未遂罪論也。至打擊錯誤，學者有主張不應與標之物錯誤相區別者。其立論大旨，以爲發生之事實，與明知或預見之事實，如在法律上同其價值時，雖非具體一致，而仍抽象一致，應亦依標之物錯誤之理決之。說亦甚當。而實際上則取反對說，〔註〕以爲打擊既有錯誤，是發生之事實，與明知或預見之事實究非一致，而對於明知或預見之事實，每爲犯罪之未遂，對於現實發生之事實，應分別有無過失及法律上處罰與否，定其是否成立過失罪。

〔註〕查甲擲碗欲傷乙，誤傷丙，自係打擊錯誤。甲對於乙，本爲傷害未遂。但新刑律無此規定，應不爲罪。若係殺人，則應成立殺人未遂罪。對丙既無預見，自不能

謂其亦有傷害之故意。惟應分別有無過失，斷定其應否論過失致傷。（前北京大理院統字第九五九號解釋）

二、法律之錯誤 法律之錯誤，大別爲二：其一、原有刑責之法律錯誤，其二、原無刑責之法律錯誤，前者例如本有科罰之法律而誤以爲無，或對於科罰之內容有所不知或誤認者是。後者例如本無科罰之法律，而誤以爲有者是。夫行爲之是否爲罪，應以行爲時之法律有無科罰之明文定之，無其明文，而行爲者幻想爲有，謂之幻想犯。我國新刑法，採用罪刑法定主義，不認幻想犯之構成犯罪，自不因幻想之故，發生刑事責任問題。惟於原有刑責之法律錯誤，新刑法第十六條，特以明文規定曰：「不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑。如自信其行爲爲法律所許可而有正當理由者，得免除其刑；」良以法律既經頒行，即當人人受其拘束，法律對於其行爲有處罰之規定時，則其行爲必有危害之性質，犯者非處以刑罰不可，故不必問其知悉與否也。惟現代社會情狀複雜，間亦有因偶然不知律法，或自信其行爲爲法律所許可而有正當理由者，其情形不無可憫。故特准司法官酌量情節

，分別減輕或免除其刑，以劑其平。第此條規定之適用，得別爲二種而說明之。

(1) 刑罰法律之錯誤 新刑法第十六條所謂不知法律，係指對於刑罰法律有所不知者而言，刑罰法律之錯誤，其情形有二，一不知法規之存在，二不知刑法之處分。前者如無故開拆他人封緘書信及墮胎等罪是，後者如放火竊盜等罪是，夫刑罰法律，乃因維持社會秩序，而規定犯罪及刑罰之法律也。若以不知而可免除刑責，則該法律之效力，將無以維持，同時社會之秩序，亦無以維持矣，故規定爲不得免除刑事責任。惟各犯罪中，有所謂自然犯者，例如殺人強盜，其本質上具有反社會性，無論何人，莫不知爲應罰，自無待其再知法律與否也。

(2) 刑罰法律以外法律之錯誤 刑罰法律以外法律之錯誤，依一般解釋，自不在新刑法第十六條所謂法律之內，所以不在第十六條所謂法律之內者，則因該法律如與犯罪問題無關，當然不在研究之列。若有關係，必係該法律規定之事項，已成爲構成犯罪事實之事項。例如甲占有乙之動產，已依民法第七百六十八條之規定，取得所有權，乙不知民法之規定，仍

以爲自己所有物而擅自取回時，夫物爲人所有而擅取之，竊盜事實也。乙因不知該法律之故，遂致不知該物已爲甲有之事實，則對於該種法律之錯誤，仍屬於前述之事實錯誤，乃根本上阻却故意與否之問題，（阻却罪之成立，其行爲不爲罪）非新刑法第十六條免除刑責與否之問題，故該種法律，所當然不在第十六條所謂法律之內也。由是以言，新刑法第十六條所謂不知法律，非不知一般法律之謂，乃不知刑罰法律之謂也。如此解釋，遂生下列結果。（甲）該信無罰或所爲之法律而實行之者，不能免其罪責。例如不知刑法上有罰重婚之規定，成婚之人重爲婚姻者，不能免其罪責是。（乙）誤信無罰或所爲之法律而實行之者，不負其責任。例如誤信非正當防衛或救護緊急行爲之範圍而殺人傷人者，而實際上却在此範圍時，不負何等罪責是。

要之刑罰法律之錯誤，於罪之成立，刑之加重，毫無影響。惟不知（或錯誤）刑罰法律以外之法律者，限於爲其罪之成立刑之加重條件時，認此爲事實之錯誤，以阻却犯罪之成立也。

第五節 行爲之階段

犯人實行犯罪，自意思發動以至於犯罪完成，其中恆經過決意（或陰謀）、預備、着手、實行之四階段。正如自然人自出生以後，由少而壯，壯而老，老而死，有一定之順序者，毫無少異。茲分別說明如次：

第一 決意（或陰謀）

決意云者，有爲犯罪行爲之意思決定也。其未發表於外部者，既非外人所知，故在刑法上絕對無罪。其已發表者，或以言語，或以文書，或以舉動，在刑法上亦以不處罰爲原則。蓋現代刑罰，爲防衛社會而設，單純犯意，既無害於社會安寧秩序，自無處罰必要。若一有犯意，卽予處罰，不僅不能預防犯罪，實所以促成犯罪之實行，有背刑事政策之本旨，故不罰也。但例外因其有犯罪決意之表示，而於社會將有重大之危險時，則不能不加以制裁。故刑法有時認爲獨立犯罪，特設專條以罰之。例如新刑法第一百五十條規定之煽惑罪，第三百

零五條規定之脅迫罪，卽其證也。又二人以上欲犯一定之罪，而有協議之成立者，謂之陰謀。陰謀爲害不烈，罰之恐成巨變，故亦以不處罰爲原則。處罰陰謀，必限於有明文規定，苟無明文規定者，卽不加以處罰，蓋陰謀不特有犯罪之結果，實僅有犯罪之決意，並犯罪之行爲而亦不完成也。故必須就其情形重大，足以發生國家社會極大之危險者，始以明文規定其刑罰，否則置諸不論也。我新刑法以明文規定處罰陰謀者，僅有下列二種：（一）第一百條及一百零一條之陰謀內亂罪。（二）第一百零三條、第一百零四條、第一百零五條、第一百零七條、第一百零九條、第一百十一條之陰謀外患罪。

第二 預備

預備云者，卽犯罪之意思決定後，準備爲犯罪行爲之謂也。例如欲殺人而購置兇器，欲放火而購置燃料等皆是。預備爲實現犯罪決意於著手以前之行爲，故與未遂犯有別，預備爲犯罪決意形諸外部之一種狀態，較犯罪之決意更進一步，故與犯罪之決意不同。預備行爲，刑法亦以不處罰爲原則。蓋以未生實害之行爲，而違科之以罰，是絕犯人自新之路，反以激

成犯罪之實行也。特例外就其情形重大，足以發生國家社會或個人之極大危險者，始設明文規定以處罰之。我新刑法以明文規定處罰預備者，計有下列六種：（一）第一百條第一百零一條之預備內亂罪。（二）第一百零三條、第一百零四條、第一百零五條、第一百零六條、第一百零七條、第一百零九條、第一百一十一條之預備外患罪。（三）第一百七十三條之預備放火罪。（四）第二百七十一條、第二百七十二條之預備殺人罪。（五）第三百二十八條之預備強盜罪。（六）第三百四十七條之預備擄人勒贖罪。處罰預備行為，除偽造貨幣罪及偽造有價證券罪，新刑法明定預備之手段外，（參照新刑法第一九九條、第二〇四條）其餘預備行為之手段如何，均與預備罪之成立無影響也。

第三 著手

著手云者，即犯人對於構成犯罪事實之開始實行之謂也。故事前所為之預備行為，不得為謂著手，由預備而入於實行，必經過著手之途徑，著手為實行之端緒，故與犯罪之預備有別。犯罪一經著手，即構成犯罪行為，即行為而未有結果，名數亦構成未遂犯。惟如何而後

謂之著手，學者主張不一，有以客觀爲標準者，有以主觀爲標準者。分述如次：

一、客觀說 是說爲行爲人外部之動作爲準，凡其行爲密接於實行行爲之動作者，卽謂之爲著手。例如持刀殺人，以刀加諸人之身體，是爲實行，然在實行之前，必有一種動作，而此動作，又與實行行爲相密接而不可分離者，如舉刀向人砍去是。此舉刀向人砍去之行爲，卽謂爲著手是。

二、主觀說 是說以行爲人之犯罪行爲是否爲人識別爲準，能爲人識別者，則爲著手，不能爲人識別者則否。如前例持刀殺人，祇持刀而未殺人，則人不能識別其持刀之用意何在，殺人可，斬物亦可，從何而知其必爲殺人，故其持刀也，祇可謂之爲預備，不可遽謂爲著手殺人。若其刀已向人舉起，則人已識別其用意之所在，無可諱飾，卽爲著手是。

以上二說，各有理由，惟客觀說之要旨，以行爲人外部之動作爲標準，於實際適用上，往往同一行爲，或以爲尙未入於著手，或以爲已經著手，不免發生不一致之弊。主觀說之要旨，則以行爲人犯罪行爲是否爲人識別爲標準，然使人先以犯意表示者，又將如何？蓋犯意

一經表示，人即識別其用意之所在，即不必著手，甚至不必有預備，不必有陰謀，人皆悉其底蘊，是果即以其犯意表示爲著手乎？故均難認爲完善也。但多數學者及我國最高法院〔註〕，則仍採客觀說，爲著手與預備之區別。

〔註〕 著手，即指開始犯罪之實行而言，必須與犯罪之實行有緊接之關係，始得謂之著手。（最高法院二十一年六月非字第八九號判例）

第四 實行

實行云者，即實行犯罪行爲之謂也。換言之，即就刑法分則中所規定之犯罪構成特別要件之行爲而爲之者是也。例如殺人而舉刀砍入人之身體，放火而將物件焚燬等皆是。實行與著手，僅相去一間耳，故曰著手爲實行之開始，而實行即著手之結果也。至實行以後，有發生結果者，有不發生結果者，亦有不須結果者，發生結果者，即謂之爲既遂，未發生結果者，則謂之爲未遂，而不須發生結果者，一經實行行爲終了，其罪即已完成，有無結果，則非所問，如煽惑罪侮辱罪誹謗罪等，皆爲不必發生結果者也。

第六節 行爲之違法

第一款 違法之概念

犯罪者，違法行爲也。行爲之違法云者，不從規律共同生存之法規目的而行動之謂也。違法一語，得自形式的方面與實質的方面分別觀察。自形式上言之，違背法律所命令或禁止之行爲者曰違法。換言之，即於法律所禁止者爲之，所命令者不爲之之謂也。自實質上言之，對於共同生活上以刑罰爲制裁所保護之必要法益而加以侵害之行爲者，曰違法。換言之，即於法律所保護之共同利益相牴觸之非社會的行爲也。行爲而有違法性，無論爲作爲或不作爲，皆爲犯罪。惟不作爲之構成犯罪，則以有作爲義務者爲限耳。

第二款 違法之阻却

行爲之違法，爲構成犯罪之要件，已如前款所述，然有違法阻却之原因時，其行爲仍不

認爲違法，所謂違法之阻却是也。凡吾人行爲，可分三種：一、法律所保護之行爲，曰權利行爲。二、法律不予以保護，而科以制裁之行爲，曰違法行爲。三、法律不予以保護，亦不科以制裁之行爲，曰放任行爲。犯罪者，以刑罰爲制裁之違法行爲也。故雖爲刑罰法規所列舉之犯罪的行爲（如殺人放火行爲），而若基於權利行爲或放任行爲時，即不得謂爲有罪行爲。有罪者，必爲非權利行爲及放任行爲之違法行爲，換言之，即權利行爲及放任行爲，爲阻却吾人行爲違法性之原因也。由斯以言，是知得阻却吾人違法行爲之原因有二；其一權利行爲，舉其類有所謂正當防衛行爲，依法令之行爲，公務員職務上行爲，業務上之正當行爲。其二放任行爲，放任行爲，僅有避免緊急危難之一種。茲一一分別說明如左：

第一 正當防衛行爲

正當防衛云者，爲防衛自己或他人之權利，對於現在不法之侵害，加以反擊之謂也。正當防衛行爲，爲權利行爲之一種。刑法上得爲阻却違法之原因，故不罰。（新刑法第二十三條前段）關於正當防衛不罰之根據，則學說紛歧，殊不一致，有謂正當防衛係基於自然法之

所命，故在刑法上非犯罪行爲者。有謂不法加侵害於人者，應屏諸法律保護之外，正當防衛係對於法律所不保護之人加以反擊，自無違法之可言，故在刑法上非犯罪行爲者，吾人則以爲正當防衛之非犯罪行爲，應根據權利之本質始能說明。申言之，即吾人在法定準則範圍以內，有不受他人侵害之權利，抵抗外來之侵害，所恃以保護自己之權利者，固有賴於國家之公力，然有時因危害迫切，如必期待公力之救濟，則保護權利，殊有未週，此法律所以許權利人有正當防衛權，得對此不法侵害而爲正當防衛之行爲也。

新刑法第二十三條曰：「對於現在不在之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲不罰。但防衛行爲過當者，得減輕或免除其刑；」蓋明認正當防衛爲權利行爲，雖因此致使加害人發生損害，亦不成立犯罪行爲，而負刑法上制裁之責任也。茲析述其要件如次：

一、須有侵害存在 無侵害，即無所謂防衛，此一定不易之理。故正當防衛之成立，以侵害存在爲必要。〔註〕侵害者，對於他人之權利，加以攻擊之謂也。攻擊他人之權利，是即新刑法第二十三條之所謂侵害，至其侵害之爲積極行爲消極行爲，在所不問。

【註】 甲開槍擊乙，經乙將其槍奪回，當時不法之侵害業已除去，乃復將甲擊死，何得更爲正當防衛之主張。（最高法院二十二年二月二十七日上字第九一五號判例）

二、侵害須係現在 正當防衛，係對於現在之侵害加以反擊。故正當防衛之成立，以有現在之侵害爲必要。現在之侵害者，侵害行爲已經著手，或現正實行，或尙未完畢之謂也。依此解釋，則是對於未來之侵害，想像其有侵害，而先爲加害行爲者，非茲所謂對於現在侵害之正當防衛。又侵害行爲既已完畢，對於過去之侵害而爲反擊之行爲者，亦非茲所謂對於現在侵害之正當防衛。【註】

【註】 正當防衛之要件，必對於現在不法之侵害，始能成立。若侵害已屬過去，則其加害行爲，應完全認爲犯罪行爲。如甲之殺乙，既在將乙刀奪獲過手之後，是侵害已屬過去，自無正當防衛行爲可言。（最高法院上字第一三三九號判例）

三、侵害須屬不法 正當防衛權之行使，須對於不法侵害爲之。從而對於一切合法行爲，則無正當防衛之可言。例如對於公務員適法執行職務之行爲，反對於父母懲戒行爲，縱令

有害自己之權利，均無所謂正當防衛是。不法侵害者，其侵害爲法律所不容許之謂也。既以法律所不容許之侵害爲不法侵害，則此之所謂不法，係指客觀不法言之。加害人之主觀責任能力如何，自非所問。從而對於無故意過失之行爲，無責任能力人之行爲，以及緊急危難之行爲，自仍得行使正當防衛權。雖然，法律所不容許之行爲，固爲不法，然如由防衛者之不法行爲所挑撥，其所生之侵害是否不法，則屬疑問？吾人則以爲不能以不法侵害目之，蓋其人之行爲乃反擊不法行爲而生，係屬正當防衛故也。

四、須爲排除現在不法侵害所爲之防衛行爲 新刑法第二十三條之所謂防衛，係指保護自己或他人之權利，排除現在不法之侵害，對加害人所爲之反擊行爲而言。其行爲之爲積極消極，固非所問，但須以反擊行爲爲保護權利之手段，否則卽不能以正當防衛目之。又對於加害人加以反擊，固屬正當防衛，然如因反擊侵害加害人以外之人之權利，是否正當防衛，不無疑問？吾人則以爲祇能謂其爲緊急危難，而不能謂其爲正當防衛。蓋正當防衛，須對於現在不法之侵害爲之，對於加害人以外之人，則無所謂正當防衛故也。

五、須爲防衛自己或他人之權利。新刑法第二十三條之所謂權利，包含甚廣，舉凡生命身體自由名譽財產等各種權利皆屬之。不似古代法律規定正當防衛權之行使，僅以保護某種權利爲限者〔註〕範圍爲六。又所謂權利，不以屬於自己者爲限，即屬於他人之權利，亦包含之。他人則指自己以外之第三人而言，此第三人與防衛人之關係如何，在所不問。例如旅行深山，聞行劫聲往救，將強盜殺死者是。又此第三人，是否限於特定之個人，解釋上頗有疑問？吾人則以爲不限於特定之個人，即法人亦是，亦不問其爲公法人私法人也。

〔註〕

清律夜無故入人家，主人登時殺死者不論，是行使防衛範圍，僅限於住居權。

六、須非防衛行爲過當。防衛行爲之不罰，以未逾越必要程度爲限；否則爲之過當行爲，仍應負刑法上之責任，不過核其情節，得減輕或免除其刑而已。防衛行爲是否過當，即是否逾越必要程度，應就具體情事，依客觀標準決之。就人數言，對於少數人之侵害，而加以多數人之反擊，斯謂之過當。就方法言，對於徒手之侵害，而加以兇器之反擊，斯謂之過當。就力量言，對於輕微侵害，而加以重大之反擊，斯謂之過當。就法益言，對於財產之侵害

，而加以死傷之反擊，斯謂之過當。然此係就大體言之，究竟是否過當，仍應就各種具體情事，視其是否超過排除侵害所必要之限度，以爲斷定之標準。至於所侵害之法益，則不必均等〔註〕且亦無從均等。蓋當危害急迫之際，防衛者祇在保護其自己之權利，以行防衛，決難顧到對等價值，故須視其侵害之手段是否急迫，以定其防衛手段之是否必要。例如甲持刀殺乙，使乙之力而大於甲者，則奪其刀卽已足，不必再從事於還殺，使乙之力而小於甲也，則於情勢萬分危急之時，不得已至開槍自衛，將甲殺死，亦不失爲防衛之行爲是。故程度相當與否，不在乎侵害法益之大小輕重，而在侵害行爲之緩急，苟其防衛之手段逾越其所應行使之程度者，卽以防衛過當論。又關於防衛行爲過當與否之標準，因學說不同而有異。茲舉於左：

(1) 不得已說 是說謂正當防衛之行使，必係不得已而爲之，不得已云者，乃舍此別無防衛權利之方法也。故有得請求國家公力保護或逃避之機會，均不得有正當防衛權。

(2) 必要說 是說謂正當防衛權之行使，但須係出於防衛權利所必要之限度卽可，不必

有舍此更無防衛方法之情形。故雖可以請求國家公力保護或逃避之機會者，但爲防衛權利起見，而出於必要限度者，即係正當防衛行爲。

以上二說，究以何說爲當，我國最高司法機關，先後採用不同，前北京大理院上字第五六三號判例，則採前說。但新刑法第二十三條關於正當防衛之規定，既無日本刑法第三十六條不得已之明文，似應採後說。而司法院院字第七八五號解釋，亦主張採後說。其文曰：「應採用後說，凡爲防衛權利起見，而出於必要限度者，應認爲正當防衛之行爲。」

【註】 在正當防衛，被侵害法益之價值不必相等，或輕於因防衛而受害之法益。（二十一年八月司法院院字第七八五號解釋）

第二一 依法令之行爲

新刑法第二十一條第一項曰：「依法令之行爲不罰；」依法令之行爲云者，即根據法令所爲之行爲。該項行爲，爲法令之所容許者也。例如執行死刑，逮捕人犯等皆是。而所謂法令，無公法私法之別，凡一切法令，皆包含之。茲所謂依法令之行爲，其範圍異常廣汎，欲

一一列舉，殊非易事。茲略舉其重要者如次：

一、對於現行犯之逮捕行爲 逮捕現行犯之行爲，爲一般國民權之實行行爲，此爲刑事訴訟法所明定。即該法第八十八條第一項曰：「現行犯不問何人，得逕行逮捕之」是也。

二、對於子女之懲戒行爲 民法第一千零八十五條曰：「父母得於必要範圍內，懲戒其子女；」故行親權者依民法及其他法令，在教育或監護之範圍內所爲之懲戒行爲，不成立犯罪也。

三、對於精神病人之監護行爲 如監護精神病人，於急迫時所爲之監禁行爲，依法亦不負罪責是。

第三 依法屬上級公務員命令之職務上行爲

新刑法第二十一條第二項曰：「依所屬上級公務員命令之職務上行爲不罰，但明知命令違法者，不在此限；」是依本條認爲權利行爲而不應處罰者，須具備一列三要件：第一、須有所屬上級公務員之命令，第二、須爲下級公務員職務上之行爲，第三、須命令內容之適法

，否則仍應負刑法上之責任也。故依本條但書規定之結果，公務員對所屬上級長官命令，於審查其形式有無欠缺之外，尚須審查其內容是否適法，此種規定，殊較舊刑法爲縝密。蓋依官吏服務規程第四條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務，但屬官對於長官之命令，如有意見時得隨時陳述；」若其內容苟涉違法，非無救濟之途。乃既不陳述意見，竟復代爲執行，豈能謂忠於所事，如不科以刑責，則長官違法，屬員亦必應隨之違法，殊非整肅官箴之道。且刑法爲預防犯罪而設，對於違法命令之執行，如不加以禁阻，反以服從命令爲詞，免其責任，更不能謂爲得當。尤有言者，對於上級公務員命令，如僅負審查形式之義務，不問其內容是否違法，依照服從原則，執行命令，即係依法令之行爲，本不在處罰之列。必使負審查內容之義務，方有特別規定之價值耳。

第四 業務上之正當行爲

新刑法第二十二條曰：「業務上之正當行爲不罰；」是認業務上之正當行爲爲權利行爲之一種，故不罰。業務上之正當行爲者，即依法令上或習慣上對於一定營業，所認許之行爲

也。其最著者，莫若醫業，如醫師因治療方法而斷人手足，割人身體，其行爲雖與故意傷害無異。然此爲醫術上必要之手段，其結果無論如何，均不得認爲成立傷害，何也？蓋其行爲之本質，屬於正當業務之範圍也。若其行爲超過業務之正當範圍時，即不得認爲業務上之正當行爲，仍當以犯罪論。

第五 緊急避難行爲

緊急避難云者，爲避免自己或他人之緊急危難，不得已而侵害他人法益之謂也。即學說上所謂緊急狀態之行爲是。緊急狀態之行爲，法律上所以不加處罰者，無非以行爲人處於不可抗力之危難境狀之下，難使顧慮周全，故有不罰之規定。試舉例以明之，怒濤巨浪之中，有一被難船舶，其中甲乙二人，爭一木板，甲非仆乙，不能救其生命，乙非仆甲，亦不能救其生命，即甲乙二人，非仆其一人，則不能救一人之生命，此即緊急避難行爲也。關於緊急避難行爲不罰之根據，學說紛歧，亦不一致。有謂重己輕人，乃人之恆情，於緊迫危難之際，犧牲他人利益，以保全自己利益，亦人情之常，如其爲犯罪行爲，則失之苛者，是謂公

平主義。有基於小利益須為大利益所犧牲之原則，以說明緊急避難非犯罪行為者，是謂利益量定主義。有基於意思自由之理論，以說明緊急避難非犯罪行為者，是為主觀主義。吾人則以為緊急避難，就犧牲他人利益以保全自己利益，為法律所不保護之點言之，自非合法行為。就犧牲他人利益以保全自己利益，為法律所不禁止之點言之，亦非違法行為。是則所謂緊急避難行為，實居於合法行為與違法行為之間，而為放任行為之一種，法律對此具備一定要件之緊急避難所以不以其為犯罪行為者，是不外放任焉已耳。

新刑法第二十四條第一項曰：「因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難，而出於不得已之行為不罰，但避免行為過當者，得減輕或免除其刑；」第二項曰：「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之；」蓋明認緊急避難為放任行為，雖因此加侵害於人，原則上亦不成立犯罪行為，而負刑法上之責任也。茲析述其要件如次：

一、須有危難之存在 緊急避難，以有危難原因之存在為必要。危難云者，因人類行為

及人類行爲以外之事變，將有發生實害之虞之謂也。危難之由於人類行爲而生者，例如因狂人追襲，而有發生死傷之危難是。危難之由於人類行爲以外之事變而生者，例如因天災地變洪水猛獸等事變，而有害及生命身體財產之危難是。

二、危難須屬緊急 緊急避難，須以其危難係屬緊急爲必要。緊急危難云者，危難迫在目前之謂也。換言之，緊急危難，即現在危難之意。蓋過去之危難，與將來之危難，均未足以爲緊急避難之原因也。

三、須爲保全自己或他人生命身體自由或財產所爲之避難行爲 關於緊急避難所應保全之法益，各國立法例不相一致，有僅以危害自己或親屬之生命身體，得爲緊急避難之原因者，如日本舊刑法是。有限於自己或親屬之生命，始可爲緊急避難之原因者，如德國刑法是。我新刑法第二十四條所定，則以生命身體自由財產四者爲限，惟將名譽除外。但以吾人見解，爲保全名譽，亦得爲避難行爲。蓋不以名譽爲緊急避難之原因，在法理上殊無何種之根據故也。至所謂避難行爲，有攻擊的避難行爲與防禦的避難行爲之別。前者例如甲乙二人同遭

水難，甲奪去乙所持之木板，致乙失其憑藉而被溺斃是。後者例如為避免友人之危難，而對於襲擊友人之兇徒加以槍殺是。又法益之屬於自己或屬於他人，均無影響於避難行為之成立，他人之為自然人或法人，亦無非所問也。

四、須出於不得已 避難行為，是否為避免緊急危難所必要，應視其有無不得已情形決之。不得已云者，除為避難行為外，別無何種方法可以避免危難之謂也。避難行為，既須為避免危難所必要，則縱不為避難行為，而亦能避免危難時，自不得以其加害行為為避難必要範圍內(不得已)之行為。例如得以正當防衛排除其危難，或得以逃避及以其他方法避免其危難時，即不得藉口緊急避難，侵害他人之法益是。

五、須行為不可過當 避難行為之不負刑事責任，以未逾越危難所能致之損害程度為限，否則謂之過當行為，仍應構成刑法上之犯罪，不過得依情節減輕或免除其刑而已。蓋非此，則人人將以此避難行為為藉口而濫用之，以致無辜者受其損害，是豈立法之本意哉！所謂不可過當云者，即犧牲他人之利益以保全自己或他人之利益，不得逾越一定之程度是也。換

言之，即因避難行爲所生之損害，較之因危難所能發生之損害，其間大小輕重，必須相等，或未達於相等之程度，〔註〕例如遇有水火災害，不得因救牛馬而傷人生命，因救小利益而害人大利益是。比較損害之大小輕重，則應就具體情事，依客觀標準決之。依客觀標準以定損害之大小輕重，有謂應偏重法益之性質者，有謂應偏重關係人實際所受損害之具體價值者，吾人則以爲法益之性質，固須注重，關係人實際所受損害之具體價值，亦不可忽視也。

【註】 在緊急避難所救護之法益，其價值亦不必相等，或輕於因救護所損害之法益。

(二十一年八月司法院院字第七八五號解釋)

緊急避難行爲，具備右述五種要件，原則上固可不構成犯罪。但新刑法規定有一例外，即於公務上或業務上負有特別義務者，仍不適用之是也。例如醫師船長，負有業務上之義務，兵士警察，負有公務上之義務，皆依特別法規，於必要時，須投身危難之中。即醫師對於住院之傳染病人，有爲之治療之義務，不能藉口於懼受傳染，拒絕不予醫治，而遺棄病人。船將覆沒，船長有救護搭客及保全貨物之義務，不能以保全自己生命避免危難爲原因，去而

之他。若不顧搭客船員及貨物之存亡與沉沒，竟先行離船而避免者，仍須負刑法上之責任。又兵士警察臨戰，不能以敵人之強悍，藉口於緊急危難而臨陣逃走。是皆所謂在業務上公務上負有特別之義務者，不能因自己之生命身體有危難，藉口緊急狀態而為違反義務之行爲，主張無罪也。

六、緊急避難與正當防衛之比較 緊急避難與正當防衛，其避難防衛之行爲，均不得過當，又不問爲自己或他人，均得爲避免防衛之行爲，其行爲在刑法上皆不處罰，此爲兩者所同也。其兩者不同之點，比較言之，則有下列七種：(1)緊急避難行爲，爲對於第三人（無過失者）之行爲。而正當防衛行爲，則爲對於不法攻擊者之行爲。(2)緊急避難行爲，爲放任行爲。而正當防衛行爲，則爲權利行爲。(3)其受危難之法益，及所欲保全之法益，在緊急避難行爲，爲生命身體自由財產。而正當防衛行爲，則爲一般權利。(4)對於緊急避難行爲，更得爲緊急避難行爲。而對於正當防衛行爲，則無正當防衛權，且不得爲緊急避難行爲。(5)緊急避難行爲，解釋上須有彼我法益侵害上之比較。而正當防衛行爲，則不以此爲必

要。(6)緊急避難行爲之危難原因，不問其爲天災或人爲。而正當防衛行爲之危害，則必須爲不法之侵害即人爲者。(7)緊急避難行爲之除外例，爲公務上或業務上有特別義務者。而正當防衛行爲，則無此除外例。此又兩者之異點也。

猶有言者，違法阻却之原因，除上述五種外，在各國法律上，尙有「自救行爲」之一種。自救行爲與正當防衛之行爲，其性質雖相似，而實則不同。蓋正當防衛行爲，於他人加以不法侵害之際，雖有行使防衛以排除侵害之權利，並無必須退避或告訴官署之義務。而自救行爲，非不遑求公力之保障，即不得爲之。其次，多數立法例，正當防衛，非以防衛自己之權利爲限，即他人受有不法之侵害，亦得行使其防衛權。而自救行爲，非保護自己之權利，不得爲之。此所以民法上於正當防衛外，復設「自救行爲」，並爲損害賠償免責之原因。(參閱民法第一五一條第一五二條)然在民法上，既足爲侵權行爲違法阻却之事由，在刑法上即不可不爲犯罪行爲違法阻却之原因，其理明甚。雖各國刑法，對此尙不多觀。然觀乎日本刑法改正案綱領第二十四項，改正案第二十條，實足見最近立法趨勢之一般。

關於自救行爲，日本刑法學者牧野英一博士，謂於盜所取還贓物，應解爲自救行爲。蓋竊盜因防護贓物，而當場施強暴脅迫者，以強盜論。（參照我國新刑法第三一九條）此種規定，一面固許取還盜賊之自救行爲，一面亦卽認其取還之行爲不爲罪。（參閱牧野英一著日本刑法第三四六頁）吾人以此例，最足表現自救行爲與正當防衛行爲之不同，顯示自救行爲，有獨立規定之必要。夫竊盜係侵害財產監督權之罪，若財物已入竊盜者實力支配之下，則監督權之侵害，已成過去，被害人從而取還，苟與盜犯發生衝突，或拘束其自由，或押收財產，如律以正當防衛，嚴格而論，與侵害屬於現在之條件不符，與其謂爲正當防衛，毋寧謂爲自力救護。乃以我新刑法未加規定，竟難認爲解免罪責之理由，是分則編不許竊盜以強暴脅迫防護贓物，而總則編又不許失主以自力取還，矛盾滑稽，孰有逾於此者！故日本現行刑法雖未著明文，而於盜犯防止法，則特加規定，卽此故也。夫犯罪行爲之處罰，以其具有反社會性，自救行爲，既無害於公共秩序與善良風俗，刑法上卽應認爲違法阻却之原因，而免其處罰，奈何我新刑法之忽視法理，不加規定哉？

第六章 未遂犯

第一節 未遂犯之概念

犯罪行爲之處罰，以發生犯罪人預期之結果爲原則，若已着手於犯罪行爲之實行而不發生結果者，曰未遂犯。夫吾人既着手於實行犯罪，其爲之而遂，或爲之而不遂，二者必居一於此。既發生其結果之狀態，曰既遂，未發生其結果之狀態，曰未遂，故未遂者，未達既遂狀態之謂也。犯罪之既遂，爲完成刑法構成犯罪特別要件所必要之一切事實均爲發生之狀態。犯罪之未遂，則爲已着手於犯罪行爲之實行，而構成該罪特別要件之一部或全部之結果未爲發生之狀態也。例如殺人罪之既遂，爲發生死亡結果之謂。若已着手於殺人行爲之實行，而被害者並未受有何等傷害者，有僅傷其身體之一部而未致於死者，均可謂爲犯殺人罪之未遂犯是。茲就其定義及要件，分述如次：

一、未遂犯之定義 未遂犯之定義，有法國派德國派之不同。法國派謂意外之障礙而未遂者，爲未遂犯，是爲狹義說。德國派則不問未遂之原因是否基於意外障礙，均屬未遂犯，是爲廣義說。依廣義說之結果，未遂犯之態樣有三：因障礙而未遂者，曰未遂犯。因內心悔悟而不生結果者，曰中止犯。其行爲不能發生結果者，曰不能犯。我新刑法總則編於第三章規定未遂犯，復於該章列舉未遂中止犯之處罰，蓋與舊刑法同採德國派的廣義說者也。

新刑法總則編第三章所稱之「未遂犯」應爲廣義的解釋。而該章第二十五條所規定之「未遂犯」，則應爲狹義的解釋。範圍既非相同，名稱毫無差異，極易混淆。欲求明確區分其界限，第三章所稱之「未遂犯」，似仍應改稱「未遂罪」，以示區別。且關於狹義的未遂犯之處罰，因應以分別編各章有特別規定者爲限。而不能犯中止犯之處罰，揆之立法原則，自應等量齊觀，不宜有所例外。故新刑法於章名改正之後，對於第二十五條第二項，第二十六條，以及分別編各章處罰未遂各條所有「未遂犯」之名稱，似應改爲「未遂罪」，以昭劃一，庶適用之時，無所用其疑慮，惜立法者未能注意及此。

二、未遂犯之要件 未遂云者，即着手於犯罪行為之實行而不達於既遂之狀態之謂，已如前所述。是未遂犯成立，須具有下列四要件。(1)須有着手以上之行為：例如意圖行竊者，扭鎖入室，爲竊盜行為之着手。強姦婦女者，對婦女着手於強暴脅迫之行為，爲強姦罪之着手。着手後而又不能完成犯罪構成要件時，是爲未遂。反之，犯罪而於預備中發覺者，則無未遂犯之可言。(2)須有犯罪之故意：故意爲未遂犯成立之要件，此點與既遂犯成立不同。蓋既遂犯、無論以故意或過失，均可完成。若未遂犯，惟有故意方可成立，以過失而成立未遂犯者，未之有也。(3)須具備責任能力：例如無責任能力人之行為，刑法以明文規定其不處罰，不處罰，自無所謂既遂與未遂。(4)須不達於既遂之狀態：不達於既遂之狀態云者，犯罪構成要件未能完成之謂也。其未能完成之原因如何，則非所問。犯罪是否已達既遂狀態，應就各種犯罪特有的性質決之。如實質犯之既遂，僅有一定行為爲未足，猶以結果完成爲要件，結果不發生，是爲未遂。若形式犯，僅以有一定之行為，爲犯罪之完成，故其未遂時期，與實質犯之未遂有異也。此外犯罪原因，原則上本與犯罪構成要件無關，故未遂犯之

構成，自亦無須研究犯罪人之遠因如何。惟刑法有時明定非有遠因存在，則不能成立該項犯罪者，是遠因之於未遂，有時亦有重視之必要。例如誣告罪之構成，以意圖他人受刑事處分或懲戒處分爲要件，故無此遠因（即意圖）而爲虛僞之告訴，着手於告訴而遇有障礙者，自無所謂誣告未遂是也。

第二節 未遂犯之種類

未遂犯之狀態不一，有行爲人因意外障礙者，有因行爲人已意中止者，其行爲又有發生結果之可能與不能者。然新刑法第二十五條規定：「已着手於犯罪行爲之實行而未遂者爲未遂犯，未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限；」第二十六條規定：「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之，但其行爲不能發生犯罪之結果又無危險者，減輕或免除其刑；」第二十七條規定：「已着手於犯罪行爲之實行，而因已意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑；」云云，是未遂犯之原因不同，處罰之程度亦異。故刑法上因意外障礙未遂其罪者，可

謂爲狹義未遂犯。因已意中止未遂其罪者，可謂爲中止未遂犯。因行爲不能未遂其罪者，可謂爲不能未遂也。茲分款說明於下：

第一款 狹義未遂犯

狹義未遂犯，卽刑法總則編第三章所稱廣義未遂犯中之一種，學者亦稱之爲未遂犯。其未遂之原因，不問有無何等障礙事由存在，凡已着手於犯罪行爲之實行，而未發生構成犯罪上必要之結果者，均爲未遂，卽均爲狹義未遂犯。關於行爲之階級，新刑法第二十五條規定，既不認以着手與實行劃分之說，故所稱着手於犯罪行爲之實行，卽係已開始實行者也。因之學說上以着手未遂與實行未遂分類之方法，亦不適用於本法，而在本法，祇可分爲未了未遂與既了未遂二者；未了者，謂實行已開始而未終了者也。換言之，卽於構成犯罪所必要之結果未完成前，而遇有意外之障礙，以致未能達其目的者也。例如開鎗殺人，彈將發而忽被人奪去，是爲未了未遂。既了者謂其實行已終了者也。換言之，卽於完成構成犯罪所必要之

行爲業已終了，而以他種原因，致未發生結果者也。如前例開鎗殺人，彈已發出，而未命中，或命中而僅負傷，是爲既了未遂。然就新刑法規定觀之，無論爲未了未遂抑既了未遂，皆視爲狹義未遂也。至法文既以着手於犯罪行爲之實行，爲未遂犯成立之要件，則未達此階級之行爲，（如陰謀預備）不能成立未遂犯，自不待言。

第二款 不能未遂犯

不能未遂犯，亦屬於廣義未遂中之一種，學者稱之爲不能犯。不能未遂云者，犯罪已着手，而因其行爲無發生犯罪結果之可能與危險，未生其所預期之結果也。其不能發生犯罪結果之原因，既非由於意外障礙，亦非由於已意中止，乃係其行爲之性質上無發生結果之可能與危險也。惟不能犯之原因，有由於目的不能者，有由於手段不能者，其目的與手段之不能，又有絕對的與相對的之分。例如以殺人之意思，誤獸爲人而殺之，此目的之絕對不能也。如扒竊見車中乘客某，囊金於右襟，竟探手誤入該乘客之左襟，致不能達竊取之目的，此即

目的之相對不能也。如以殺人之意思，用未裝子彈之手鎗向人射擊，此手段之絕對不能也。又如以藥毒人而用少許之分量，致不能奏死人之效，是乃手段之相對不能也。雖然，就不能之情形而論，手段不能，較目的之不能之危險性爲重，相對不能，較絕對不能之危險性爲重，我新刑法第二十六條但書所定：「其行爲不能發生犯罪之結果又無危險者，減輕或免除其刑；」似僅以行爲有無反社會性卽有無危險性爲斷，既不問方法不能或目的不能，亦不以絕對相對爲其辨別之標準，如無危險者，卽認爲不能犯。

新刑法既以有無危險性爲不能未遂犯處罰之標準，於此更足徵不能未遂犯與狹義未遂犯成立有異。蓋狹義未遂犯雖無實害發生，然有發生實害之危險。〔註一〕而不能犯則不特不發生實害，並危險亦無之。例如誤以糖漿爲鴉片而使之吞服，又如誤向男子而爲強姦之行爲，是不特無構成犯罪事實之可能，且亦無危險及於法益。〔註二〕故其行爲有實現犯罪意思之可能者，則爲狹義未遂犯。如缺乏此可能性，無論如何不能達其犯罪之目的者，則曰不能未遂犯。蓋一則有危險性，一則無危險性也。

【註一】 查刑法(舊刑法)處罰未遂犯之精神，係以其着手於犯罪之實行，雖因意外障礙不遂，而有發生實害之危險，故刑法(舊刑法)第三十九條第一項後段之不能犯亦係指該項行為有發生結果之危險者而言。如實際上本不能發生實害，即無何種危險之可言，自不成立犯罪。本案上訴人侵入某甲家，雖意在將某甲殺害，但某甲既早已外出，絕無被害之危險，按照上開說明，究難令負殺人未遂責任。(最高法院十九年上字第一三三五號判例)

【註二】 刑法(舊刑法)第三十九條第一款後段之不能犯亦係指該項行為有發生結果之危險者而言。如出於犯人一時之幻覺，實際上並非實施犯罪之行為，(學說上名曰幻覺犯)自不成立犯罪。本案被告誤認料土為鴉片烟土，着手販賣，非但不能發生販賣烟土之結果，且無發生該項結果之危險，即亦不生未遂罪之問題。乃原審不認其行為不成犯罪，為無罪之判決，竟適用刑法(略)論罪處刑，顯屬違法。(最高法院十九年非字第三五號判例)

第二款 中止未遂犯

中止未遂犯，亦係廣義未遂犯中之一種，學者稱之爲中止犯，實則因己意中止之未遂犯也。中止未遂云者，對於犯罪完成，毫無何等障礙事由存在，由行爲者自動的中止實行犯罪，或於實行完畢後，自動的防止犯罪結果發生之謂。是則行爲者因有外部障礙自行中止犯罪實行，或由於外部的事情所驅使，決定中止犯罪之意思時，不能謂之中止未遂。例如竊盜入室行竊，忽聞咳嗽聲，於是疑爲人至，自行退出，此非中止也。以聞有咳嗽聲，誤爲人至，是實外部之障礙，應以狹義未遂犯論，不得以中止未遂犯論。蓋其中止，完全出自外部之障礙也。故中止未遂犯之構成，必由於外部全無障礙，或由於行爲人之任意悔悟，或由於行爲人之內心畏懼，例如竊盜入人家宅，手觸目的物，毫無外部的原因存在，自動的停止其竊盜行爲者是。是中止未遂之態樣，與狹義未遂犯同，亦有既了中止與未了中止之別。既了中止者，卽於犯罪實施後，而因自己之意思任意防止之，亦不問其由於悔悟或畏懼也。例如殺人

者於實施砍殺後，或良心難安，或畏懼刑罰，急爲之延醫治療，以己意防止其死亡結果之發生，俾其無恙是。未了中止者，卽於實施犯罪中而因自己之意思任意不再繼續進行也。例如持刀殺人，於行將近身可殺之際，而忽天良發現，不忍見其殲斃，或畏禍之至而有所懼怯，因以己意中止砍殺是。故中止行爲，在未了中止，祇消極不進行足矣，而在既了中止，則非積極防止結果之發生，且結果之發生果被防止者，不得謂爲中止，蓋中止未遂，爲廣義未遂犯之一種，無未遂，卽無中止之可言也。我國舊刑法規定中止犯可減免其刑者，以未了中止爲限，既了中止，則未設明文。然於犯罪實行後，積極防止結果之發生，因而不生結果，其情形與實施犯罪中積極不再繼續行爲相類，而犯罪人悔悟之忱，亦同一可以獎勵。故新刑法第二十七條，於未了中止與既了中止，並予規定減免刑罰，其條文曰：「已著手於犯罪行爲之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑；」堪稱進步之立法。惟既了中止，不以防止結果發生有效爲要件，則未免稍涉疎略耳。

然於茲有應注意者，既曰中止，至少亦須防止結果之發生，或使已爲之行爲，失其足爲

原因之力。若在中止之時，已有既生之結果，或已爲之行爲，於既生之結果，已具有原因力，其既生之結果並已獨立成罪時。例如連續犯，對於後之行爲雖經中止，而前之行爲已經既遂。又如結合犯，對於後之部分雖經中止，而前之部分已經既遂。又如牽連犯，對於後之犯罪雖經中止，而前之犯罪，已經既遂。則均應就其既遂者負全責，而不得概以中止未遂犯論也。

第三節 未遂犯之處罰

未遂犯處罰之範圍，有概括主義與列舉主義之不同。歐洲各國立法例，除輕微犯罪採用列舉主義外，多取概括主義，日本舊刑法亦然。規定重罪未遂皆罰，處罰輕罪之未遂犯，以各本條有明文規定者爲限，違警未遂不罰。迄其新刑法頒行，廢止重罪輕罪違警罪之區別，處罰未遂犯，改用列舉主義。我新刑法第二十五條第二項中，亦以列舉主義，明示未遂犯處罰之範圍，而有「未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限」之規定。若分則各本條無特別規定

處罰時，雖其犯罪具有未遂之狀況，且對於社會不無危險之虞，而法律上亦不得而處罰之。例如分則編第一百零三條之外患罪，有「前項之未遂犯罰之」之特別規定，是則遇有本條之未遂犯時，即可依此特別規定加以處罰。反之如第一百零八條之外患罪，則無未遂犯處罰之特別規定，縱有未遂之情形，即不得加以處罰是也。茲更就狹義未遂犯不能未遂犯中止未遂犯三者之處罰，分別說明如次：

第一 狹義未遂犯之處罰

關於狹義未遂犯之處罰，有客觀主義與主觀主義之不同。客觀主義，注重犯罪之結果，謂未遂犯未發生結果，故應較既遂犯從輕處罰。主觀主義，注重犯人之意思，謂未遂犯與既遂犯有同樣意思，故應與既遂犯同樣處罰。我新刑法第二十六條前段曰：「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之；」是狹義未遂犯之刑，在原則上採用主觀主義，與既遂犯同樣處罰。惟例外得依審判官之自由裁量，得按既遂犯之刑減輕之而已。蓋法律上定為得減，非命其必減也。

第二 不能未遂犯之處罰

不能未遂犯之應否處罰？刑法學者聚訟紛紜，有客觀主義與主觀主義之別。在客觀主義，謂不能發生犯罪事實時，其行為與犯罪相去甚遠，罰之恐涉處罰犯罪意思而非處罰犯罪行為之嫌，故不應處罰。在主觀主義，則以既着手於犯罪行為之實行，無論其能否發生犯罪事實，皆足危害社會，故應處罰。兩者持論，雖各有理由，其主張究嫌趨於極端。是以最近立法例，對於不能未遂犯，多採主觀說加以處罰，而以絕對不能未遂犯為例外，較為折衷。我新刑法亦採不能未遂犯處罰主義，但對於絕對不能犯，由審判官減輕或免除其刑耳。觀第二十六條規定曰：「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之，但其行為不能發生犯罪之結果又無危險者，減輕或免除其刑；」

第三 中止未遂犯之處罰

中止未遂犯之應否處罰？學說及立法例亦不一致，外國立法例多不處罰，我新刑法則採減免主義。第二十七條規定曰：「已著手於犯罪行為之實行，而因已意中止或防止其結果之

發生者，減輕或免除其刑；一觀此，是審判官所得斟酌者，祇減與免之間耳。而或減或免，必居其一，蓋亦獎勵犯人自行中止之政策也。

第四節 關於未遂犯之問題

關於未遂犯範圍內之問題，在學理上尚有應行研究者數點，茲分別說明如次：

一、結果犯有未遂犯否？按結果犯專憑事實，不問犯意，如傷害人致死，則構成新刑法第二百七十七條第二項前段之罪，如未死，為構成新刑法第二百七十七條第一項及第二項後段之罪，未遂犯必須有犯意，故結果犯無未遂犯。

二、過失犯有未遂犯否？此種未遂情形，事實上雖有，但不處罰而已。例如汽車在通衢大道飛奔，幾傷幼兒，幸警察靈敏，使幼兒脫險，此即過失未遂之情形，但刑法上無處罰之明文。

三、不作爲犯有未遂犯否？此種情形，昔時學說謂無未遂，近代學者多謂爲有未遂。

例如乳母不哺嬰兒，欲置嬰兒於死，棄而他出，不意鄰婦來乳之。又如鐵路搬開工役意圖顛覆火車，見火車將至，故意不搬其閘，而查路警察見之，急代搬之，此非不作爲犯之未遂犯乎？

四、既遂與未遂同時發生時如何？例如丙有銀千元，分貯甲乙二箱，被盜偵知，均擬盜去，已取得甲箱五百元，尙未取得乙箱五百元時，被人發覺，此時一爲既遂，一爲未遂，但祇得論以既遂一罪，未遂部分爲既遂所吸收，不再論罪。又想像上之數罪併罰，亦可適用此例處斷，不僅單純犯罪爲然也。例如某甲僞爲慈善募捐，向乙丙各募千元，乙已交付，丙尙未交，此時一爲既遂，一爲未遂。亦祇論連續之既遂一罪。

五、共同正犯與未遂犯之關係如何？例如甲乙共同開鎗擊丙，甲雖發鎗，而未命中，乙發鎗乃致死，此時不問甲爲未遂而乙爲既遂，宜共同負責以殺人既遂罪論也。

六、教唆犯與未遂犯之關係如何？例如僅被教唆者一人中止，（如甲教唆乙毒丙，乙實行後復食以解毒藥）則教唆者之責任如何？又如僅教唆者一人中止，甚或被教唆者之未遂

，由於教唆者之行爲，（如甲教唆乙毒丙，乙實行後，甲復飲丙以解毒藥）則教唆者之責任又如何？昔時學說主張教唆者之責任，不問與被教唆者是否相同，一概以被教唆者爲準，被教唆者爲中止，則亦中止，被教唆者爲未遂，則亦未遂，此說已成陳腐，殊不足採。依近代學說及我國新刑法，則教唆者之意思如與被教唆者不一致時，則專以教唆者本人之意思爲準。如上述第一例，則教唆者爲未遂，第二例，則教唆者爲中止犯，即二人之責任不盡相同，被教唆者爲中止，教唆者亦有時爲未遂，被教唆者爲未遂，教唆者亦有時爲中止。蓋刑法之目的，在於處罰惡性，故處罰之時，自應斟酌犯罪各人惡性程度之淺深也。

七、從犯與未遂犯之關係如何？此亦不以實施者爲斷，應以其本人之意思爲標準。如正犯爲未遂，從犯亦有時爲中止，正犯爲中止，從犯亦有時爲未遂也。

八、牽連犯與未遂犯之關係如何？牽連犯如偽造文書（手段）詐欺取財，應依新刑法第五十五條從一重處斷。如手段之罪與本罪，其輕重完全相同，此時應依手段之罪處斷，因本罪未遂，若遽以處斷，必邀減輕之刑，今不依本罪而依手段罪者，亦即新刑法第五十五條之

從一重處斷之意。如手段罪與本罪輕重不同，則不問其既遂未遂，專從其重者處斷。例如本罪重於手段罪，即本罪爲未遂，亦應依之處斷也。

九、結合犯與未遂犯之關係如何？新刑法第三百二十一條之侵入住宅竊盜，係結合第三百二十條竊盜罪及第三百零六條之侵入住宅罪而成，此即所謂結合犯之例也。如已侵入住宅而竊盜未盜，斯時祇能適用結合犯法條所定之未遂犯處斷，即祇照第三百二十一條之未遂犯處斷，不能論以侵入住宅既遂竊盜未遂而分別處斷也。惟於此又有一問題，即刑法上於結合犯無未遂之規定時，應如何辦理？關於此點，不但我國舊刑法未設明文，即新刑法第三百三十二條之強盜放火或故意殺人，亦未規定。前北京大理院判例解決此問題：謂爲祇有犯罪行爲的一部未遂，即爲未遂。然犯人既着手實行某種犯罪行爲，則其人即不能不認爲無相當之惡性，祇以無罰未遂之明文，竟使吞舟漏網，未免有失寬縱。故最高法院判例：主張應視法文規定之主旨如何？以爲是否未遂之標準，如犯罪主要部分充實，即能論罪。例如強盜殺人罪之主旨，在保護生命法益，故一有殺人之事實，則強盜雖未遂，亦應論以強盜殺人既遂

罪。若強盜既遂，殺人未遂，或強盜及殺人均未遂，則除數罪併罰外，無他法解決也。